Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Konrad Lemme

Gerichts-Assessor.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0105

Meinen lieben Eltern

in herzlicher Verehrung

gewidmet

Disposition.

§ 1. Begriff und Abgrenzung.

§ 2. Inhalt.

I. Geschichtliche Entwickelung,

II. Objekt und Subjekt,

III. Das Benutzungsrecht des § 1090,

IV. Die Grunddienstbarkeit als Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit,

V. Der nicht mögliche Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

VI. Anwendung entsprechender Normen über Grunddienstbarkeit und Nießbrauch.

§ 3. Umfang.

§ 4. Begründung und Aufhebung.

I. Begründung.

II. Aufhebung.

§ 5. Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit

I. Unübertragbarkeit,

II. Unvererblichkeit.

§ 6. Rechts- und Besitzschutz.

I. bei der zu Gunsten einer natürlichen Person bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit,

1. Rechtsschutz und Legitimation zur Anstellung der Rechtsklage,

2. Besitzschutz und Legitimation zur Anstellung der Besitzklage,
3. Legitimation zur Anstellung von Feststellungsklagen,

II. bei der zu Gunsten einer juristischen Person, insbesondere einer Gemeinde, bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit,
1. Legitimation zur Anstellung der Klage aus dem Recht als Leistungs- und als Feststellungsklage,
2. Legitimation zur Anstellung der Klage aus dem Besitz als Leistungs- und als Feststellungsklage,
3. Zusammenfassung des bezüglich 1 und 2 gewonnenen Resultats.

§ 7. Das Wohnungsrecht nach § 1093,

I. Das Mitbenutzungsrecht einer Wohnung nach § 1090—92 im Gegensatz zu dem unter Ausschluß des Eigentümers bestellten Wohnungsrecht des § 1093.

II. Die Abgrenzung des Wohnungsrechts
1. gegenüber dem Nießbrauch,
2. „ „ dem Erbbaurecht,
3. „ „ der Reallast,
4. „ „ der Grunddienstbarkeit,
5. „ „ der Miete.

III. Näherer Inhalt des § 1093.

Benutzte Literatur.

Biermann, Sachenrecht, II. Aufl.

Cosack, II. Bd., I. u. II. Aufl.

Dernburg, Sachenrecht, II. Aufl.

Endemann, II. Bd., III.—V. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, bürgerl. Recht, VI. Aufl.

Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I.

Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO., IV. Aufl., Bd. 2.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 44, 46.

Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, II. Aufl., 1. Abt.

Haidlen, BGB. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, II. Bd., 3. Buch.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

Hüttenhain, Der Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, Inaug.-Diss. Rostock 1903.

Jäger, Kommentar zur KO., II. Aufl.

Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 37.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 2. Teil.

Langfeld, Meckl. Ausführungsverordnungen zum BGB.

Libbertz, Gegensatz des Nießbrauchs und der sog. irregulären Personalservituten. Inaug.-Diss. Rostock 1904.

Matthias, bürgerl. Recht, II. Aufl.

Mittag, Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung übertragen hat, nach gem. und preuß. Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1897.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, Bd. I und II. (1904).

Neumann, Rechtliche Stellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat. Inaug.-Diss. Greifswald.

Planck, Kommentar zum BGB., III. Bd., 1. u. 2. Aufl.

Das „Recht", herausgegeben von Dr. Sörgel-München, VII. Jg.

Rechtsprechung der OLG., Bd. 3, 4 und 5.

RG., Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 3, 14, 44, 48, 54, 55.

Seuffert, Kommentar zur CPO., II. Bd., 8. Aufl.

Seufferts Archiv, Bd. 8, 20, 23, 25, 36, 37, 41, 45, 56, 59.

Siebeneicher, Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat. Inaug.-Diss. Erlangen.

v. Staudinger, Kommentar zum BGB., III. Bd., II. Aufl.

Stobbe, Deutsches Privatrecht, III. Aufl.

Tappe, Die s. g. irregulären Personal-Servituten nach gem. Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1899.

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, II. Aufl.

Zeitschrift für Bergrecht, 44. Jg., 3. Heft (Westhoff: Der Gläubiger beim Bergschädenanspruch).

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Bd. 13, 14, 19, 22.

Kommissionsprotokolle, 2. Lesung, Bd. III und IV.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Reichtagsvorlage des Entwurfs mit Denkschrift.

§ 1.

Begriff und Abgrenzung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Es fällt nicht in den Rahmen dieser Arbeit, den allgemeinen Begriff der Dienstbarkeiten näher festzustellen, da derselbe als bekannt vorausgesetzt werden muß, und an dieser Stelle nur die Besonderheiten der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten eine Erörterung finden sollen. Es mag daher genügen, hier kurz ohne weitere Begründung die vielfach vertretene und m. E. zutreffende Ansicht wiederzugeben, die in der Nutzung einer fremden Sache durch den Berechtigten das Kriterium für alle Dienstbarkeiten sieht. Man hat dabei den Begriff des Gebrauchs in einem erweiterten Sinne zu fassen und nicht nur den auf unmittelbarer Einwirkung auf die belastete Sache beruhenden Gebrauch hierunter zu begreifen, sondern jedweden Vorteil, der dem Berechtigten daraus entsteht, daß sein Wille über die Sache entscheidet; auf diese Weise ordnen sich auch die servitutes in non faciendo dem allgemeinen Begriff unter (Fuchs, Vorbem. zu § 1018, v. Staudinger, Einl. zu § 1018).

Durch die Bezeichnung als „persönliche" Dienstbarkeit soll die Abgrenzung gegenüber den Grunddienstbarkeiten hervorgehoben werden. Ihre charakteristische Eigenart ist die, daß sie um der Person des Berechtigten

willen begründet werden und um deswillen auch spätestens mit dem Tode desselben endigen, während die Grunddienstbarkeiten zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt und demnach von Ereignissen in der Person dieses Eigentümers nicht berührt werden. Der Zweck ist bei den letzteren durchaus beschränkt; er muß immer für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteile bieten. Dagegen ist die Bestimmung des Zwecks bei unseren Dienstbarkeiten lediglich dem Belieben der Parteien überlassen; sie müssen sich hierbei nur in den Grenzen halten, die für den Begriff derselben gegeben sind (Planck, Vorbem. zu § 1090).

Als „beschränkte" persönliche Dienstbarkeiten treten diese Rechte in Gegensatz zum Nießbrauch, der anderen der Grunddienstbarkeit gegenüberstehenden persönlichen Dienstbarkeit. Es besteht zwischen ihnen schon einmal der äußerliche Unterschied, daß die Bestellung der Ersteren nur an Grundstücken und nicht an beweglichen Sachen und Rechten möglich ist, vor allem aber beruht die charakteristische Verschiedenheit beider Rechte darin, daß der Rechtsinhalt unserer Dienstbarkeit immer nur in der Gewährung einzelner Nutzungen besteht, die rechtsgeschäftlich spezialisiert sind, und niemals auf die Begründung der Gesamtheit der Nutzungen als solcher gerichtet sein darf, während gerade das Wesen des Nießbrauchs darin besteht, daß er ohne weiteres die Gesamtheit der Nutzungen umfaßt und durch Ausschluß einzelner seines wahren Charakters als vollständigen Nutzungsrechts nicht entkleidet wird (Planck, Vorbem. zu § 1090, Fuchs zu § 1090, v. Staudinger, Vorbem. zu § 1090). Es kann nun zutreffen, daß die

Summe der spezialisierten einzelnen Nutzungen dem Inhalte des durch Ausschluß einzelner Nutzungen verminderten, aber in seiner Rechtsnatur nicht berührten Nießbrauchs gleichkommt und ihn sogar übersteigt; dann wird es Auslegungsfrage sein, welche der beiden persönlichen Dienstbarkeiten vorliegt, und das Kriterium bildet die Absicht der Parteien, die entweder auf Zuwendung der Gesamtheit der Nutzungen mit den im Bestellungsakte getroffenen Ausnahmen oder nur auf Bestellung einzelner Nutzungsrechte abzielte. Um die gleiche Frage wird es sich handeln, wenn im einzelnen Fall alle möglichen Nutzungen aufgezählt sind.

§ 2.

Inhalt derselben.

I. Nach § 1090 BGB. geht der Inhalt unserer Dienstbarkeit darauf, daß der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Das BGB. hat in diesem Paragraphen die Vereinigung des Usus und der sogenannten irregulären Personalservituten unter besonderer Hervorhebung derjenigen, deren qualitativer Inhalt eine Grunddienstbarkeit zu bilden vermag, mit den zu Gunsten einer Gemeinde oder territorialer oder personeller Kreise anerkannten deutschrechtlichen Grunddienstbarkeiten zum Gesamtbegriff der „beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten" vorgenommen. Es ist richtig, daß die Römer als die sogenannten irregulären Personalservituten diejenigen ansahen, die inhaltlich eine Prädialservitut zum Gegenstande hatten, aber in ihrer juristischen

Struktur persönlich waren; doch ist es unrichtig, anzunehmen, daß das römische Recht diese als die alleinige und ausschließliche Art derselben gelten ließ; sie sind nur die besonderen und am häufigsten vorkommenden. Daneben trat noch eine andere Art. Die Dehnbarkeit und Mannigfaltigkeit des Usus fructus und des Usus ließ bereits in Rom die Bildung andrer unter Anwendung der Form dieser beiden Begriffe konstruierter Personalservituten an Grundstücken zu, wenn nämlich die Verkehranschauungen eine dingliche Sicherung des zu begründenden Nutzungsrechts für nötig hielten, und auf diese Weise gewann jedes einzelne nach solchen Formen geschaffene Nutzungsrecht die Qualität einer Personalservitut. Aber es galt, weil es kein richtiger Ususfructus oder Usus war, nur als irreguläre Personalservitut (Tappe S. 28—31).

Bei der Rezeption des römischen Rechts bestanden in Deutschland eine Menge deutschrechtlicher Grunddienstbarkeiten hauptsächlich zu Gunsten von Gemeinden, die den Römern unbekannt waren und deren Unterordnung unter den römischen Ususfructus und Usus nicht möglich war. Diese Grunddienstbarkeiten sind allerdings im gemeinen Recht völlig bei Bestand geblieben, aber es hat doch neben diesen eine Ausbildung von Personalservituten in Gestalt einzelner Nutzungsrechte als Abart des Ususfructus und Usus in gleicher Weise, wie in Rom, stattgefunden (Tappe S. 34—37, Motive S. 566). Diese einzelnen Nutzungsrechte in Verbindung mit den Personalservituten, deren Inhalt wahre Grunddienstbarkeiten bildeten, sind als die gemeinrechtlichen irregulären Personalservituten zu bezeichnen. Mit diesen hat das BGB. die deutschrechtlichen Grunddienstbarkeiten, die lediglich

zu Gunsten einer Gemeinde oder eines territorialen oder personellen Kreises bestellt waren, vereinigt und sie unter dem Namen der „beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten" zusammengefaßt. Unter dem Gesichtspunkte der durch die Rechtslogik gegebenen Einteilungsweise hat es auch den vollen Usus, der nach der geschichtlichen Entwicklung mit dem Ususfructus zusammen den anderen Personalservituten hätte gegenübergestellt werden müssen, in die letztere Kategorie aufgenommen, da auch dieser gegenüber dem Nießbrauch, der neben dem Gebrauch die volle Fruchtnutzung gibt, beschränkt ist (Mot. S. 566, Tappe S. 39). So stehen sich nach dem BGB. der Nießbrauch einerseits und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten andrerseits als völlig selbständige und gleichberechtigte Dienstbarkeiten gegenüber, besonders ist die letztere Art nicht als eine vom Nießbrauch abhängige Abart aufzufassen.

II. Gegenstand unserer Dienstbarkeiten auf der passiven Seite sind in erster Linie Grundstücke. Nach § 1017 Abs. 1 BGB. kann auch ein Erbbaurecht und soweit nach § 63 EG. zum BGB. unberührt gelassene landesgesetzliche Vorschriften es zulassen, auch Erbpacht-, Büdner- und Häuslerrechte damit belastet werden. Daß zum Unterschied vom Nießbrauch die Bestellung nur an Grundstücken und nicht an beweglichen Sachen oder Rechten nach dem Gesetz möglich ist, hat seinen Grund darin, daß sonst der Grundsatz der Erkennbarkeit dinglicher Rechte nicht gewahrt würde. Die Traditionsform würde, da die Sache regelmäßig im Besitz des Eigentümers bleiben würde, nach außen nicht genügend kundbar gemacht werden können. Und verstände man sich

zur Übertragung des Besitzes, so würde damit das Interesse des Eigentümers in erheblichem Maße geschädigt, da der Berechtigte jetzt, nachdem er durch den Besitz in die Möglichkeit voller Gebrauchsausübung versetzt worden ist, sein Recht leicht mißbrauchen könnte, ohne daß der Eigentümer in der Lage wäre, eine genügende Kontrolle darüber auszuüben, ob er sich auch nur in den ihm bestimmten Grenzen bei der Ausübung halten würde. Dem praktischen Bedürfnisse kann in dieser Beziehung durch obligatorische Verträge auf Überlassung der Benutzung entsprochen werden (Mot. S. 566, 567, Kuhlenbeck II S. 592, Tappe S. 39, v. Staudinger Vorbem. zu § 1090).

Die Bestellung ist nur am Grundstück als ganzem, nicht an einem Bruchteil möglich, unbeschadet der Vorschrift, daß die Dienstbarkeit im Falle der Teilung des belasteten Grundstücks gemäß § 1026 BGB. nur an einem Teile unter Freiwerden der übrigen Teile bestehen bleiben kann. Diese Bestimmung von der Unmöglichkeit anteilsmäßiger Begründung unserer Dienstbarkeit, die der I. Entwurf im § 1045 noch besonders aufgenommen hatte, war bereits vom II. Entwurf wieder gestrichen, indem erwogen wurde, daß sie nach vernünftiger Überlegung überflüssig wäre, weil eine solche Dienstbarkeit das Grundstück nur immer als ganzes ergreifen und nicht an Bruchteilen hängen könnte. (Prot. III. S. 436 u. 310).

Die Belastung kann zu Gunsten einer natürlichen oder juristischen Person oder sonstiger territorialer oder personeller Kreise erfolgen; wird sie mehreren Personen bestellt, so kommt es darauf an, ob das Recht teilbar ist oder nicht. Im ersteren Fall z. B. bei einem Fruchtziehungs-

recht, bei dem das Maß der Nutzung quantitativ bestimmt ist, kann jeder nur den seinem Anteil entsprechenden Teil des Rechts ausüben und klageweise geltend machen, während bei einer unteilbaren Dienstbarkeit z. B. einer Wegegerechtigkeit jeder dieselbe ganz ausüben und durch Klage zur Geltung bringen kann (v. Staudinger u. Biermann zu § 1090, Seuff. Archiv Bd. 23 Nr. 128). Erfolgt die Begründung zu Gunsten einer juristischen Person, so erlangt damit das Recht die Möglichkeit, bis in die Ewigkeit fortzubestehen. Denn die nach gemeinem Recht für den Nießbrauch zu Gunsten einer solchen Person gesetzte zeitliche Grenze von 100 Jahren, die in analoger Weise auch für die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten maßgebend war, existiert für das BGB. nicht mehr, und dies ist um so merkwürdiger, als gerade im Gegensatz zu den Grunddienstbarkeiten, deren zeitliche Unbegrenztheit gewisse Beschränkungen, insbesondere die Utilität für das herrschende Grundstück verlangte die Personalservituten um dieser zeitlichen Begrenzung willen von derartigen Beschränkungen befreit waren (Kuhlenbeck II S. 591).

III. Nach § 1090 BGB. kommt als Inhalt unserer Dienstbarkeit in Betracht einmal ein einzelnes Benutzungsrecht des Berechtigten am belasteten Grundstück, andermal eine Befugnis mit grunddienstbarkeitlichem Inhalt. Das Recht auf Benutzung des Grundstücks kann nach den verschiedensten Richtungen hingehen; es kann ein einzelnes Gebrauchsrecht, Fruchtziehungsrecht, Wohnungsrecht u. s. w. allein oder in Verbindung mit einander erfassen, und es ist dies Nutzungsrecht völlig unabhängig davon, ob auch, wenn es sich um eine Belastung zu Gunsten eines Grund-

stücks handeln würde, die Möglichkeit der Bestellung einer Grunddienstbarkeit vorhanden wäre. Wenn sich z. B. der Berechtigte für seine Person das Recht bestellen läßt, am Nachbargarten spazieren gehen oder im Nachbarwald jagen zu dürfen, so bildet diese Berechtigung zweifellos keine Grunddienstbarkeit; der Berechtigte könnte diese Berechtigung nicht zu Gunsten seines Grundstücks eintragen lassen, da die Utilitätsvoraussetzung fehlen würde; als persönliche Dienstbarkeit ist sie nach § 1090 BGB. aber zulässig. Wir sehen daraus, daß die auf den ersten Blick als überflüssig erscheinende Wiederholung des § 1090 aus § 1018, die darin liegt, daß der Paragraph als Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit das Recht statuiert, daß der Berechtigte das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, während dasselbe Recht im § 1018, dessen Inhalt durch § 1090 selbst zum Gegenstande unserer Dienstbarkeiten gemacht ist, bereits aufgeführt ist, seinen berechtigten Grund hat. Nach unserem Beispiel könnte, wenn der erste Teil des § 1090 fehlen würde, das betreffende Recht, obwohl es scheinbar unter den zweiten Teil des Paragraphen gebracht werden könnte, nicht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden. Auf diese Weise erhalten die Benutzungsrechte, wenn sie ungeeignet sein sollten, den Inhalt einer Grunddienstbarkeit zu bilden, ihren Platz.

IV. Der Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann so verschieden sein, als das konkrete Grundstück Nutzungen oder Benutzungsarten gewähren kann (Turnau-Förster zu § 1090). Das Gesetz nennt 3 Kategorien, erstens die Berechtigung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen

benutzen zu dürfen, zweitens die den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks treffende Verpflichtung, gewisse Handlungen auf diesem nicht vorzunehmen, und drittens ein Recht nicht auszuüben, das sich aus seinem Eigentum am Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt. Ein allgemeines näheres Eingehen auf den Begriff und die verschiedenen Arten dieser Dienstbarkeiten ist an diesem Platze nicht angebracht, da eine solche Erörterung über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde. Es sollen hier nur einzelne wegen ihrer Wichtigkeit im heutigen Verkehr interessierende Fälle behandelt werden, die wir nach einem einheitlichen Prinzip zu ordnen versuchen müssen, und deren rechtliche Beurteilung auch gerade für unsere beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten von erheblicher Bedeutung und Tragweite sein wird. Es handelt sich überall in den unmittelbar hinterher zitierten Entscheidungen um Gewerbebeschränkungen, die in Form von Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten als dingliche Belastung auf ein Grundstück gelegt werden sollten, so z. B. des Inhalts, daß zu Gunsten eines verkauften Hauses in dem nebenan zu erbauenden Hause, solange als in dem ersteren ein Spezereigeschäft betrieben wurde, ein solches nicht betrieben werden durfte (Seuff. Arch. Bd. 45 Nr. 168), oder daß zu Gunsten eines Gymnasiums in dem Nachbargrundstück kein Handwerk mit starkriechenden Beizen oder mit lautem Klopfen ausgeübt werden durfte (Seuff. Arch. Bd. 25 Nr. 220), oder daß auf dem belasteten Grundstück auf 10 Jahre keine Fabriken und ähnliche gewerbliche Betriebe, keine Verkaufsläden, Restaurations-, Schanklokale und öffentliche Vergnügungs-

lokale errichtet werden durften (Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 316), oder daß in dem belasteten Hause keine Kaufmannsgeschäfte mit Manufaktur-, Kolonial-, Gewürz- und Eisenwaren betrieben werden sollten (Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 15 u. 106), oder schließlich, daß bis zu einem bestimmten Jahre auf dem belasteten Grundstück außer einem echt bayrischen Bier nur das in der im Grundbuche verzeichneten Brauerei hergestellte Bier ausgeschänkt werden durfte (Rechtspr. d. OLG. Band 5 S. 154). Alle diese Beispiele gleichen sich darin, daß auf dem belasteten Grundstück eine bestimmte Handlung nicht vorgenommen werden darf, nämlich die, ein bestimmtes Gewerbe oder ein solches mit der vollen Freiheit auszuüben. Für unsere Dienstbarkeiten handelt es sich bei diesen Fällen immer um die Vorfrage, ob bei der gegebenen Sachlage, falls das Subjekt der Berechtigung ein Grundstück ist oder wäre, eine Grunddienstbarkeit sich würde bestellen lassen. Darauf muß unsere Untersuchung gerichtet sein. Denn trifft dies zu, so ist damit auch die Möglichkeit gewonnen, in dieser Form eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu bestellen. Die Grunddienstbarkeit verlangt auf der einen Seite, daß die Belastung der Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteil bietet, auf der anderen Seite, daß sich die Belastung als Beschränkung des Eigentums des belasteten Grundstücks darstellt. Was den ersteren Punkt anlangt, so kann es im konkreten Fall durchaus zweifelhaft sein, ob die geforderte Utilität vorliegt; es könnte z. B. in dem an letzter Stelle gegebenen Beispiel durch die Beschränkung des Ausschanks der Bierarten das herrschende Grundstück deshalb gar keinen Vorteil gewinnen, weil hierdurch eine Änderung des

Verkehrs von Seiten des Publikums etwa dergestalt, daß sich an Stelle des bislang in dem Lokale verkehrenden gewöhnlichen Publikums ein nur besseres hingewöhnen, doch nicht eintreten und dadurch die erwartete Hebung des Werts des herrschenden Hauses in Beziehung auf Annehmlichkeit des Wohnens und die Möglichkeit vorteilhafteren Verkaufs ausfallen würde. Es müßte in solchem speziellen Falle aus dem Mangel der geforderten Utilität heraus die Eintragung einer Grunddienstbarkeit abgelehnt werden, aber, da es für unsere Dienstbarkeiten auf das Vorliegen eines Vorteils bei dem Berechtigten nicht ankommt, genügt es, um letztere wirksam ins Leben zu rufen, daß die angeführte Beschränkung objektiv einem Grundstück zum Vorteil gereichen kann. Denn in diesem Falle kann sie unter der Voraussetzung des Vorliegens der zur Entstehung nötigen anderen Bedingung inhaltlich eine Grunddienstbarkeit bilden, und das ist für die Anwendbarkeit von § 1090 genügend.

Was von diesem Fall gesagt worden ist, kann mit Recht von den übrigen in den Entscheidungen aufgeführten Fällen behauptet werden, nämlich, daß die dort erwähnten Beschränkungen an und für sich geeignet sind, den Vorteil eines Grundstücks zu bedingen. Das ist für unsere Prüfung zunächst ausreichend.

Bezüglich der auf der passiven Seite vorausgesetzten Belastung wird die Frage nach der Möglichkeit der Begründung einer Grunddienstbarkeit davon abhängen, ob die betreffenden Handlungen solche sind, die kraft des Eigentums am belasteten Grundstück an sich erlaubt sind — an sich schon durch das Gesetz verbotene Handlungen können nicht in Betracht kommen (v. Stau-

dinger zu § 1018) — und eine Benutzung desselben, ein Verfahren mit ihm, eine Einwirkung darauf, also eine wahre Belastung des Grundstücks, enthalten, oder nur solche, die vermöge der persönlichen Freiheit des Grundstückseigentümers oder der Freiheit des auf dem Grundstück bestehenden Gewerbebetriebes gestattet sind. Je nachdem die eine oder die andere Art von Handlungen vorliegt, hat entweder das Eigentum oder die Freiheit des jeweiligen Grundstückseigentümers eingeschränkt werden sollen (Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 154 u. 155). Von diesem Kriterium aus wird man die zahlreichen Fälle entscheiden müssen. In den Fällen, in denen der Aufbau von Fabrikgebäuden oder anderen gewerblichen Anlagen, sowie die Errichtung großer Vergnügungs-Etablissements und ähnlicher Anstalten zum Gegenstand des Verbots gemacht ist, wird man wohl ohne weiteres eine Belastung des Grundstücks anzunehmen haben; denn hier ist das Recht des Besitzers, sein Grundstück zur Errichtung von Gebäuden zu benutzen, ein Ausfluß seines Eigentumsrechts, und ein dahingehendes Verbot trifft das Eigentum. Bezüglich der anderen aufgezählten und ähnlichen Fälle wird es jedesmal auf den Einzelfall ankommen, und die Prüfung von dem oben aufgestellten Grundsatz auszugehen haben. Wird z. B. in dem bereits schon näher erörterten Fall durch die Beschränkung des Bierausschanks von nur bayrischem Bier und dem betreffenden der Brauerei tatsächlich eine Einwirkung auf das Grundstück in der Weise erzielt, daß sich statt des gewöhnlichen Publikums, das früher in zahlreicher Menge wegen des verschänkten anderen, besonders billigeren Biers in dem Lokal ver-

kehrte und die Gegend in ihrem Ruf herabsetzte, nur ein sehr kleines, aber gewähltes Stammpublikum hingewöhnen würde, so würde in dem bezeichneten Verbot dieser Handlung durchaus inhaltlich eine Grunddienstbarkeit liegen können. In der Entscheidung des RG. vom 30. Juni 1902 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 154) ist die Eintragung dieser hier eben besprochenen Verpflichtung als Dienstbarkeit mit Recht abgelehnt worden, weil festgestellt war, daß es sich im konkreten Fall um eine Einschränkung der Freiheit des Grundstückseigentümers handelte. Wäre dagegen eine tatsächliche Einwirkung auf das Grundstück durch die Beschränkung festgestellt, so hätte der Eintragung nichts im Wege gestanden. Im Sinne der vorgetragenen Ansicht sprechen sich aus Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 316, Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 15, Bd. 25 Nr. 220, Bd. 45 Nr. 168, zweifelhaft Seuff. Arch. Bd. 15 Nr. 106. In der Entscheidung Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 15 wird allerdings das Vorhandensein einer Grunddienstbarkeit verneint, weil ein praedium dominaus nicht vorhanden sei, und gesagt, daß der Verkäufer eines Hauses dem Käufer gegenüber das Verbietungsrecht, während der nächsten 30 Jahre kein Manufakturgeschäft in demselben anzulegen, als persönliches habe erwerben sollen, aber es wird durchaus nicht behauptet, daß solche Abmachung nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein könnte; es wird im Gegenteil insofern darauf hingewiesen, als gesagt ist: „ein praedium dominaus für eine solche Belastung, als das die anliegenden Häuser hätten benannt werden können, sei nicht benannt.“ Die Entscheidung in Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 106, die ebenfalls die Entstehung einer

Dienstbarkeit ablehnt, hat zweifelsohne dann recht, wenn sie von der richterlichen Feststellung ausgeht, daß in dem streitigen Fall durch die Beschränkung, in dem eingetauschten Hause kein Kaufmannsgeschäft zu betreiben, lediglich die persönliche Freiheit des Grundstücksbesitzers hat getroffen werden sollen, und daß eine durch den bloßen Eigentumserwerb eines Grundstücks vermittelte Perpetuierung der entsprechenden Verbindlichkeit, als einer servitutischen, in Beziehung auf Dritte juristisch undenkbar sei. Die Entscheidung ist aber fehlsam, wenn sie allgemein hiermit den Grundsatz ausdrücken will, daß die Beschränkung der Befugnis, einen bestimmten Handel in einem Hause zu betreiben, niemals eine Einwirkung auf das Eigentum, sondern immer nur auf die persönliche Freiheit des Eigentümers enthalte. Wenn eben Tatsachen vorliegen, die mit Sicherheit eine solche Einwirkung auf das Grundstück dartun, so kann solche Beschränkung sehr wohl eine Dienstbarkeit bilden.

Irrig bezüglich der rechtlichen Behandlung solcher Gewerbebeschränkungen ist aber Stobbe's Ansicht 2_2 S. 7. u. 8, der behauptet, daß, wenn auch an und für sich derartige Beschränkungen als Servituten nicht aufgelegt werden könnten, doch dieser Verabredung durch Eintragung ins Grundbuch ein dinglich wirksamer Charakter gegeben werden könnte. Dieser Gedankengang ist unlogisch. Lehnt Stobbe überhaupt solche Beschränkungen als zur Begründung von Dienstbarkeiten ungeeignet ab, so kann auch nicht lediglich die Eintragung dem Recht zu diesem dinglichen Charakter verhelfen. Denn die Dinglichkeit und der wahre Charakter eines Rechts liegt in erster Linie in dem inneren Be-

stande des Rechts begründet, und es wird nicht jedes obligatorische Recht durch die Tatsache der Eintragung zum dinglichen umgewandelt.

Wir gewinnen demnach das Resultat, daß Gewerbebeschränkungen den Inhalt von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unter den für Grunddienstbarkeiten des näheren erörterten Voraussetzungen abgeben können.

Bei der dritten Kategorie von Grunddienstbarkeiten, die in der Hauptsache den Verzicht auf Geltendmachung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, insbesondere des Abwehrrechts gegen wesentliche Inmissionen, betreffen, ist eine vielfach zum Gegenstand von Entscheidungen gemachte Frage die, ob den Inhalt einer solchen auch der Verzicht auf künftige Entschädigungsansprüche wegen Beschädigung des Grundstücks bilden kann. Zweifellos spielt diese Frage auf dem Gebiete der Grunddienstbarkeiten eine erhebliche Rolle, denn hier wird sie und ist sie auch schon häufig praktisch geworden. In Beziehung auf unsere Dienstbarkeiten würde sie nur dann ins Gewicht fallen, wenn überhaupt Fälle praktisch vorkommen, wo zunächst der Verzicht auf Geltendmachung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen zum Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden könnte. Solche Fälle gibt es nun allerdings, aber sie sind äußerst selten und werden wohl im praktischen Leben wenig Anwendung finden. Einmal liegen sie dann vor, wenn von einem Grundsstückbesitzer als Eigentümer oder Nießbraucher oder auch persönlich Berechtigtem eine Anlage z. B. gewerblicher Natur errichtet wird, von der aus wesentliche Inmissionen auf das Nachbargrundstück hinübergeleitet werden, und die Beteiligten eine dahin-

gehende Dienstbarkeit als eine nur gerade für den Berechtigten persönliche begründen wollten, obwohl im konkreten Fall auch das Grundstück dadurch Vorteil hätte, andermal läßt sich ein Fall denken, wo die Errichtung einer Anlage mit den angenommenen Immissionen objektiv eine Grunddienstbarkeit bilden, wo aber im speziellen Falle die Voraussetzung des § 1019 nicht erfüllt werden könnte. Dies kann z. B. eintreten bei Errichtung einer nutzbringenden gewerblichen Anlage durch den Grundstückseigentümer, die aber derselbe lediglich aus Liebhaberei hat herstellen lassen, um einer Lieblingsbeschäftigung nachgehen zu können, und aus deren Betrieb dem Grundstück im besonderen Fall gar kein Vorteil erwachsen kann und soll, sondern bei dem der Eigentümer ausgesprochenermaßen zusetzen wird und will. Für diese Fälle wird es fraglich sein, ob zum Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch der Verzicht auf künftige Entschädigungsansprüche wegen der durch die Immissionen verursachten Beschädigung des belasteten Grundstücks gemacht werden kann. Die Frage muß im Anschluß daran, daß solcher Verzicht als zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit ungeeignet erklärt würde, und deswegen eine dahingehende Eintragung unmöglich ist (vergl. „Recht" VII, S. 430; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 96, Bd. 4 S. 68; Biermann und v. Staudinger zu § 1018, Westhoff S. 346), auch für unsere Dienstbarkeit verneint werden. Die im „Recht" bereits erwähnte Entscheidung des Bayr. Obersten LG. hat im besonderen ausgeführt, daß der Entschädigungsanspruch durch die Handlung des Beschädigers begründet wird und nicht ein Recht ist, das sich aus dem Eigentum am

belasteten Grundstück gegenüber dem anderen Grundstück ergibt. Aus dem Eigentum fließt nur das Recht der Abwehr der schädigenden Handlung, während der Anspruch auf Schadensersatz den Hinzutritt eines weiteren Rechtsgrundes erfordert, der die Haftung des Handelnden für den von ihm verursachten Schaden rechtfertigt; der Verzicht auf Ersatzansprüche bedeutet sohin die Befreiung von einer Schuld, verschafft aber keineswegs dem Schuldner irgendwelche Befugnisse auf die geschädigte Sache.

Wenn man auch im allgemeinen den zitierten Entscheidungen in dieser Frage folgen muß, so hat doch m. E. v. Staudinger zu § 1018 II c mit Recht hervorgehoben, daß ein solcher Verzicht sich als Grunddienstbarkeit konstruieren läßt, wenn er im unmittelbaren Anschluß an den Verzicht auf einen Hauptanspruch, der sich aus dem Eigentum des belasteten Grundstücks dem herrschenden gegenüber ergibt, steht. Eine Eintragung z. B. folgenden Inhalts: „ein Gutsbesitzer verzichtet auf die Befugnis der Geltendmachung einer unzulässigen Immission von Rauch und Funken zu Gunsten einer an sein Grundstück grenzenden Fabrik und zugleich damit auf die Entschädigung des Schadens, der ihm durch den Rauch und die herüberfliegenden Funken an seinem auf dieser Seite liegenden Waldbestand zugefügt wird," ist m. E. zulässig. Es muß allerdings der Schaden, auf dessen Geltendmachung man verzichten will, wenn nicht gerade genau, so doch in gewissen Grenzen und Umrissen bestimmbar sein. Auf diesem Standpunkt scheint auch die Kammergerichts-Entscheidung vom 11. III. 1901 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 3, S. 291, 292) zu stehen. Sie erwägt, ob nicht, wenn der Verzicht sich auf eine

Duldungspflicht nach § 1018 beziehen würde, dieser zugleich mit dem Zusatze, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks keine Entschädigung für etwaige, dem dinglichen Recht entspringende Eingriffe fordern dürfe, buchungsfähig sein würde, und scheint sich dafür entscheiden zu wollen. Sie lehnt in dem betreffenden Falle die Eintragung des Verzichts auf künftige Entschädigungsansprüche nur deshalb ab, weil dieselbe sicher unzulässig wäre, wenn, wie hier, nur beantragt worden ist, diesen Verzicht allein und nicht in Verbindung mit dem auf Geltendmachung der Abwehr unzulässiger Immissionen im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen.

Man wird daher einen mit dem Verzicht auf den Hauptanspruch verbundenen Verzicht auf künftige Entschädigungsansprüche in den gezogenen Grenzen auch für unsere als beschränkte persönliche Dienstbarkeiten konstruierten Fällen für zulässig zu erachten haben.

V. Nicht jedem Recht, daß auf die Benutzung eines Grundstücks zu Gunsten einer bestimmten Person hinausläuft, wird, wie bereits erwähnt ist, durch Eintragung ins Grundbuch dingliche Wirksamkeit verschafft und damit zu einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht. Dieser Auffassung ist in den Entscheidungen des RG. Bd. 54, S. 233 und des KG. vom 24. II. 1902 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 481) und dess. Gerichts v. 17. IX. 1900 (Seuff. Arch. Bd. 56 Nr. 13) entgegengetreten. Es ist dort ausgeführt, daß ein völlig nach den Grundsätzen der Miete vereinbartes Recht seine rechtliche Natur nicht verändere und nicht dingliche Eigenschaften erhalte durch die Erklärung, daß es eingetragen werden solle. Der Vertragswille müsse auf die Begründung eines dinglichen

Rechts gerichtet sein, und es müßten begrifflich die Voraussetzungen der §§ 1090 und 1018 innegehalten werden. Eine Instandhaltung der Wohnung, wie sie bei der Miete vom Eigentümer verlangt wird, ist für unsere Dienstbarkeit als Pflicht desselben begrifflich unmöglich, und ebenfalls geht der Schutz des nach § 1090 ff. Wohnungsberechtigten begrifflich weiter, als der des Mieters, wie wir später noch sehen werden.

Der eben erwähnte begriffliche Ausschluß der Instandhaltung der Wohnung durch den Eigentümer bei einem nach § 1090 ff. begründeten Wohnungsrecht ist lediglich der Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes, daß eine positive Leistungspflicht mit Ausnahme der in den §§ 1021 und 1022 statuierten mit dem Charakter unserer Dienstbarkeit unvereinbar ist. Dies hat das Kammergericht in der schon zitierten Entscheidung (Seuff. Arch. Bd. 56 Nr. 103) unter Zurückweisung von in diesem Sinne beantragten Eintragungen ausgesprochen.

VI. Die entsprechende Anwendbarkeit der im Abs. 2 des § 1090 herangezogenen Vorschriften aus dem Gebiet des Nießbrauchs und der Grunddienstbarkeiten ergibt sich einerseits aus der persönlichen Natur unserer Dienstbarkeiten, andrerseits liegt dieselbe darin begründet, daß bei ihnen die Verhältnisse, soweit eben nicht das Subjekt der Berechtigung in Frage kommt, ganz genau gleich liegen, wie bei den Grunddienstbarkeiten. An den Stellen, an denen die eine oder die andere Vorschrift später ins Gewicht fällt, wird näher auf sie eingegangen werden.

§ 3.
Umfang.

Bezüglich der Auslegungsregel des § 1091, der noch im I. Entwurf als dispositive Vorschrift gegeben war, sind sich die Schriftsteller darüber nicht einig, wie weit das persönliche Bedürfnis des Berechtigten überhaupt zu bestimmen sei. In Anlehnung an die Motive (S. 567) haben sich Biermann, v. Staudinger zu § 1091, Matthias zu § 50, Dernburg § 197 dahin entschieden, daß sowohl das Bedürfnis der Haushaltung, wie das des Geschäftsbetriebes des Berechtigten in Betracht kommen müsse. Endemann Anm. 5 S. 417 will eine derartige Ausdehnung nicht ohne weiteres zulassen, da eine solche extensive Interpretation im Gesetz keinen Ausdruck gefunden habe, und will das persönliche Bedürfnis auf die Benutzung durch den Berechtigten und diejenigen, die mit ihm persönlich nahe verbunden sind, beschränken. Auch Turnau-Förster wendet sich gegen die extensive Interpretation und macht die Entscheidung im Einzelfall von einer vernünftigen Auslegung abhängig. Damit trifft er mit Planck zu § 1091 und Hüttenhain S. 82 das Richtige. Die Umstände des einzelnen Falls sind maßgebend für die Einschränkung oder Ausdehnung des persönlichen Bedürfnisses. Dasselbe kann einmal lediglich auf die Person des Berechtigten eingeengt sein, andermal kann es gerade zu seinem persönlichen Bedürfnis gehören, daß auch seine Familienmitglieder oder Bekannte an der Berechtigung teilnehmen. Es kann die Einräumung eines Wegerechts für den Berechtigten, um ihm einen näheren Weg zu seinem Geschäfte zu ermöglichen, auf der Absicht der Parteien be-

ruhen, nur ihm allein die bequemere und kürzere Verbindung zukommen zu lassen; unter Umständen kann auch das Geschäftspersonal an dieser Annehmlichkeit partizipieren sollen. Wenn man dagegen soweit gehen will, anzunehmen, daß z. B. ebenfalls sämtliche Geschäftskunden den Weg benutzen dürfen, weil durch das persönliche Bedürfnis des Berechtigten dies aus dem Grunde gefordert wird, da dadurch erst das Geschäft entwicklungsfähig wird, so wird man doch dafür bei dem Bestellungsakt befindliche genügende Anhaltspunkte fordern müssen. Im allgemeinen muß man sich gegen eine allzuweite Auslegung schützen. Denn der Belastete kann dadurch z. B. im Falle eines ungeahnten Geschäftsaufschwunges eine garnicht gewollte und vorausgesehene Beeinträchtigung seines Grundstücks erleiden (ähnlich Hüttenhain S. 82).

Bei einer zu Gunsten einer Gemeinde oder eines anderen territorialen oder personellen Kreises begründeten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit lassen sich die in Betracht kommenden Berechtigungen richtiger Ansicht nach je nach ihrer Natur verschieden auffassen, und danach ist das persönliche Bedürfnis der Gemeinde zu beurteilen. Es gibt Gemeindedienstbarkeiten, bei denen das persönliche Bedürfnis der Gemeinde in der Ausübung derselben durch die Mitglieder befriedigt wird, wo also eine Ausübung der Gemeinde ihrer Natur nach zusammenfällt mit der der Gemeindeglieder; hier tritt die Gemeinde als bloßer Rechtsträger für die allein die Ausübung Genießenden ein (Kuhlenbeck S. 594). Dies ist z. B. der Fall bei einer Wege- und Aussichtsgerechtigkeit. Es kann sogar nach Lage des Falls das persönliche Bedürfnis noch weiter gefaßt werden, indem z. B. bei einer

Dienstbarkeit, die einer Gemeinde an einer dem Zweck des Vergnügens und der Erholung dienenden Privatanlage bestellt ist, dasselbe auch die Teilnahme der in der Gemeinde verkehrenden Auswärtigen an der Benutzung der den Gemeindeangehörigen offenstehenden Verkehrsanlagen umfaßt, da sie vermöge ihres Interesses an der Hebung des Verkehrs hieran interessiert ist (RG. Bd. 14 Nr. 54). Demgegenüber kommen Dienstbarkeiten vor, bei denen die Ausübung derselben durch die Gemeinde in finanzieller Verwertung der Berechtigung besteht. Dies kann z. B. zutreffen bei einer Abholzungs- und Jagdgerechtigkeit. Hier liegt die Verwertung durch die Gemeinde darin, daß sie den Ankauf nötiger Hölzer erspart oder durch die gestattete Verpachtung Geld in die Gemeindekasse bringt. Es kann natürlich auch solche Gerechtigkeit dahin aufgefaßt werden sollen, daß die Ausübung durch die Mitglieder als dem persönlichen Bedürfnis der Gemeinde entsprechend angesehen wird, aber es ist keine Eigenart bei dieser, daß die Ausübung der Gemeinde nur durch die Ausübung der Mitglieder verkörpert wird, sondern daß bei diesen auch die Gemeinde selbst als nach außen hin kenntlich ausübende Person in der Tatsache der Verwertung der Berechtigung auftritt und ihr persönliches Bedürfnis durch sich selbst befriedigt.

Durch Parteivereinbarung kann der Umfang unserer Dienstbarkeit genau festgesetzt, und damit das Maß der Nutzung ohne Rücksicht auf das persönliche Bedürfnis des Berechtigten bestimmt werden. Es können z. B. bei dem Mitbenutzungsrecht an einer Wohnung, dessen Bestellung als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach

§§ 1090—92 möglich ist, aber auf das die Vorschriften des § 1093 im Regelfall keine Anwendung finden, doch diese Bestimmungen zu vereinbarten gemacht werden (Biermann zu § 1093), sodaß bezüglich der Aufnahme und der zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen der Abs. 2 u. 3 des § 1093 zur Anwendung kommen.

§ 4.

Begründung und Aufhebung.

I. Unsere Dienstbarkeit unterliegt den allgemeinen Regeln über Rechte an Grundstücken gemäß § 873 ff. Für ihre Begründung gilt das materielle Konsensprinzip d. h. sie entsteht nur durch Einigung der Parteien und Eintragung ins Grundbuch, sodaß eine Eintragung ohne gültige Einigung das Recht nicht zur Entstehung gelangen läßt. Bezüglich des zur Eintragung nötigen Nachweises der Eintragung genügt für den Grundbuchrichter, da es sich nicht um Übertragung des Eigentums handelt, die Beibringung der Eintragungsbewilligung (GO. § 19, formelles Legalitätsprinzip).

Der Vorbehalt des art. 128 EG. zum BGB. zu Gunsten der Landesgesetze für die Begründung einer Dienstbarkeit an nicht buchungspflichtigen Grundstücken d. h. solchen Grundstücken, die nicht eingetragen sind und nach § 90 GO. nicht eingetragen zu werden brauchen, ergibt in Mecklenburg die Entstehung einer Dienstbarkeit gemäß § 122 AV. zum BGB. durch die in öffentlich beglaubigter Form erfolgende Einigung des Eigentümers des Grundstücks und des anderen Teils. Bestehen keine Landesgesetze, so muß, um die Dienstbarkeit an solchen Grundstücken zum Entstehen zu bringen, ein Grundbuch-

blatt für dasselbe angelegt und dieselbe eingetragen werden (Turnau-Förster zu § 1090). Zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits entstandene beschränkte persönliche Dienstbarkeiten bleiben allerdings nach Art. 184, Satz 1 EG. mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Rang bestehen — und zwar handelt es sich nicht nur um eingetragene Rechte, wie RG. Bd. 48 S. 63 fälschlich annahm, doch RG. Bd. 55 S. 314 jetzt richtig korrigiert hat — aber sie bedürfen, um sich auch fernerhin ihre Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu erhalten, nicht, um sich überhaupt ihr ferneres Bestehen zu sichern, der Eintragung ins Grundbuch. Dieser Schluß ist kraft argumentum e contrario aus dem nach Art. 187,1 nur für Grunddienstbarkeiten aufgestellten Grundsatz gerechtfertigt (Turnau-Förster, v. Staudinger, Fuchs zu § 1090). Dieselbe Forderung muß man für die an nicht buchungspflichtigen Grundstücken bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für den Fall aufstellen, daß späterhin ein Grundbuchblatt für sie angelegt wird. War zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. eine Dienstbarkeit z. B. durch Ersitzung erst im Entstehen begriffen oder sollte sie erst begründet werden, so erfolgt ihre Begründung gemäß Art. 189 Satz 1 auch nach diesem Zeitpunkt noch nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Erst vom letzteren Zeitpunkte an greifen die Normen des BGB. ein. Die Ersitzung unserer Dienstbarkeit, die zur kritischen Zeit noch nicht vollendet war, kann sich allerdings nach neuem Recht vollenden, aber nur unter der Voraussetzung des Art. 189 Abs. 2, daß nämlich der Berechtigte

zu dieser Zeit als der Berechtigte ins Grundbuch eingetragen ist, und die Ersitzung nach § 900 BGB. zulässig ist. Letzteres ist bei unserer Dienstbarkeit möglich, denn unter Abs. 2 des § 900 fällt als ein nach diesen Vorschriften zu ersitzendes Recht das Recht an einem Grundstück, dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Die Ausübung unserer Dienstbarkeit wird nun aber durch den § 1029, auf den § 1090 verweist, geschützt. Zur Berechnung der Vollendung einer solchen Ersitzung ist dann der Art. 169 EG. maßgebend. Auf andere Weise ist heutigentags eine Ersitzung dieses Rechts nicht mehr möglich, und es wird einer noch nicht vollendeten ohne diese Voraussetzungen ohne weiteres der Lebensfaden abgeschnitten. Auch an nicht buchungspflichtigen Grundstücken ist eine Ersitzung nur nach Maßgabe des BGB. möglich, wenn nicht gerade die Landesgesetze die anderweitige Möglichkeit zugelassen haben. Nach mecklb. Recht ist es den Parteien nur freigestellt das Recht anstatt der rechtsgeschäftlichen Begründung durch Einigung und Eintragung nach § 122 AV. ins Leben zu rufen; die Beurteilung anderweitiger Begründungsarten richtet sich lediglich nach dem BGB. (Langfeld S. 130, Reihe 3—7 von oben).

Die Belastung eines Grundstücks mit unseren Dienstbarkeiten kann durch Landesgesetz untersagt werden. In Anwendung des Art. 115 EG. ist in Mecklenburg bestimmt, daß durch den Grundbrief gemäß §§ 167 und 181 AV. die Belastung eines Erbpachtgrundstücks und der Eigentumsparzellen auf dem platten Lande mit unseren Dienstbarkeiten, wenn auch gemäß Art. 181 EG. die Vorschriften des BGB. über das Eigentum von dem

Inkrafttreten desselben auf diese Parzellen Anwendung finden, doch ausgeschlossen werden kann. Ebensowenig findet das BGB. gemäß Art. 133 und 164 Anwendung bei Nutzungsrechten an Kirchstühlen und Begräbnisplätzen und bei solchen der Realgemeinden an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, an Mühlen, Brauhäusern und ähnlichen Anlagen, soweit Landesgesetze bestehen und aufrecht erhalten sind. In Mecklenburg existieren hierfür die VO. v. 18. IV. 1859 und die einzelnen Friedhofsordnungen, sowie die landesherrlich bestätigten Satzungen und Regulative (Langfeld S. 30 und 70). Sind nach Landesrecht keine Vorschriften hierüber vorhanden, so ist ihre Begründung und Beurteilung nur nach BGB. möglich.

II. Unsere Dienstbarkeit findet ihr natürliches Ende mit dem Tod des Berechtigten resp. dem Erlöschen der juristischen Person gemäß § 1061, sowie dem Herankommen des Endtermins oder dem Eintritt der auflösenden Bedingung, sofern letztere Momente früher eintreten, als der Tod oder das Erlöschen; denn die Maximalgrenze ist der Tod. Mit diesem besteht die Eintragung nicht mehr zu Recht, und für den Eigentümer des belasteten Grundstücks ist in diesem Augenblick der Berichtigungsanspruch gemäß § 894 erwachsen (Biermann zu § 1090). Ein weiterer Endingungsgrund ist der grundbuchmäßige Verzicht des Berechtigten gemäß § 875 BGB. und zwar ist die Wirkung dieses Verzichts auf ein etwa bestehendes auf Grund einer dem Berechtigten von dem Belasteten gewährten Gestattung der Ausübung ins Leben gerufenes Pachtverhältnis von ganz anderer Tragweite, wie die des Verzichts auf den

Nießbrauch. Im letzteren Falle kommt der § 1056 zur Anwendung, der den Pächter, welchem vom Nießbraucher über die Dauer des Nießbrauchs hinaus ein Grundstück verpachtet ist, mindestens bis zu der Zeit, bis zu welchem der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde, unangefochten und ihn unter Umständen auch noch ferner in der Pacht läßt. Die Anwendung dieses Paragraphen auf unsere Dienstbarkeiten ist nicht erfolgt und wahrscheinlich aus dem Grunde, weil das Gesetz im Prinzip eine Überlassung der Ausübung bei unseren Dienstbarkeiten nicht anerkannt und für solchen Ausnahmefall die entsprechende Anwendbarkeit nicht für angemessen erachtet hat (Mot. III. S. 570). Der Pächter wird sich durch Verschaffung der Einwilligung oder Genehmigung des Eigentümers zu helfen suchen müssen (Mot. S. 522) Unsere Dienstbarkeit erlischt ferner gemäß § 52 ZwVG. bei der Zwangsversteigerung, wenn das Recht bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt oder durch Zahlung zu decken ist. Soweit aber unsere Dienstbarkeit zum Gegenstande einen Altenteil hat, bleibt sie nach § 9 EG. zum ZwVG. nach Maßgabe des Landesgesetzes von der Zwangsversteigerung unberührt, auch wenn sie bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist. Beim Fehlen von Landesgesetzen über diesen Punkt trifft lediglich § 52 ZwVG. zu. Nach § 2 Abs. 2 der Meckl. AV. zum ZwVG. bleibt in Mecklenburg eine solche Dienstbarkeit trotz Nichtberücksichtigung im geringsten Gebot bestehen, wenn Anerbengüter im Sinne des § 349 der Meckl. AV. zum BGB. damit belastet sind. Die Dienstbarkeit geht also in solchem Falle auf den Ersteher über, auch wenn sie dem die Zwangs-

versteigerung betreibenden Gläubiger nachsteht, es sei denn, daß durch einen Beteiligten unter der Voraussetzung des § 9 Abs. 2 des EG. zum ZwVG. das Erlöschen des Rechts als Versteigerungsbedingung mit Erfolg verlangt worden ist (Langfeld S. 549).

Entsprechend den Vorschriften bei der Begründung erfolgt die Aufhebung unserer Dienstbarkeit auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art. 189 Abs. 1). Ist das Recht auch zu dieser oder späterer Zeit noch nicht in das Grundbuch eingetragen, so ist für die Aufhebung noch das alte Recht maßgebend (Art. 189 Abs. 3).

Schließlich bleibt noch zu erwähnen übrig, daß unsere an nicht buchungspflichtigen Grundstücken nach Meckl. Recht gemäß § 122 AV. begründete Dienstbarkeit durch die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber öffentlich beglaubigte Verzichtserklärung des Berechtigten endigt, wobei vorausgesetzt werden muß, daß dieselbe nicht in ein inzwischen für das Grundstück angelegtes Grundbuchblatt eingetragen worden ist. Dann muß die Aufhebung gemäß § 875 BGB. durch Erklärung und Eintragung des Verzichts in das Grundbuch erfolgen.

§ 5.

Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit.

I. Nachdem der I. Entwurf die Unveräußerlichkeit und die Nichtüberlassungsberechtigung als dispositive Vorschriften gegeben, der II. Entwurf aber bereits erstere analog dem Nießbrauch zur absoluten Norm gemacht,

und es bezüglich der letzteren bei der dispositiven belassen hatte, hat dieser Grundsatz im § 1092 BGB. Aufnahme gefunden. Der Hauptstreit bezüglich der in diesem Paragraphen gegebenen Vorschrift dreht sich um den Punkt, ob die Gestattung der Überlassung der Ausübung eintragungsfähig ist. Diese Frage ist auf Grund nachstehender Erwägung zu bejahen. Unsere Dienstbarkeit ist ein höchstpersönliches Recht, das lediglich und ausschließlich auf die Person des Berechtigten abgestellt ist in noch weit höherem Maß, als der Nießbrauch. Der Nießbraucher hat ein Recht zur Überlassung, unser Berechtigter dagegen nicht. Die Überlassung ist daher beim Nießbrauch etwas Selbstverständliches, nichts gegen sein Wesen Verstoßendes, bei unserer Dienstbarkeit wird hierbei unter Aufhebung des sie beherrschenden Prinzips, daß sie im allgemeinen auch nicht der Ausübung nach übertragen werden soll, eine Ausnahme statuiert, die das Recht zu einem ganz anders gearteten macht und es in seinem Rechtsinhalt verändert. Eine solche Veränderung des Rechts bedarf aber auch der Eintragung gemäß § 877 BGB., ist also ein eintragungsbedürftiges Recht; es gewinnt diesen veränderten Rechtsinhalt und den nötigen Schutz nur durch die Eintragung; sonst ist die Gestattung von nur rein obligatorischer Wirkung. Ohne die Eintragung würde der Ausübende gegen den Rechtsnachfolger des Belasteten, der nicht gerade Erbe wäre, schutzlos sein. Während bei dem Nießbrauch aus dem Rechte des Nießbrauchers zur Überlassung dem Ausübenden gegen jeden Rechtsnachfolger des Belasteten eine Einrede erwächst, durch die er die Klage des Eigentümers auf Herausgabe gemäß § 986 Abs. 1 zurück-

schlagen könnte, hätte die bloße obligatorische Gestattung bei unserer Dienstbarkeit nur Wirkung unter den Parteien, der Rechtsnachfolger des Belasteten wäre nicht an sie gebunden und könnte wegen Beeinträchtigung seines Eigentums gegen den Ausübenden mit der Negatoria vorgehen. Diese Unsicherheit wird nun durch die Eintragung beseitigt; derjenige, dem die Ausübung überlassen ist, kann der Negatoria die Verpflichtung des Eigentümers zur Duldung gemäß § 1004 Abs. 2 entgegensetzen und nutzt jetzt erst das Recht der Ausübung nach ohne Gefahr aus. Auf dem gleichen Standpunkt steht Planck III, der zu § 1092 S. 411 ausführt, daß, da die Beschränkung dem regelmäßigen Zweck der Dienstbarkeit entspräche, diese durch die Gestattung über ihren regelmäßigen gesetzlichen Inhalt hinaus erweitert werde und dazu der Eintragung bedürfe. Eine diesen Vorschriften nicht entsprechende Gestattung habe nur obligatorische Wirkung. Derselben Ansicht ist Biermann zu § 1092, entgegengesetzter Auffassung sind Turnau-Förster, v. Staudinger, Fuchs zu § 1092.

Daß nach erfolgter Gestattung die Überlassung an einen Dritten nur obligatorische Beziehungen zwischen diesem und dem Berechtigten begründet, ist klar. Der Ausübende ist gegen den Eigentümer durch § 1004 Abs. 2, wie wir gesehen haben, und gegen den Berechtigten aus dem Vertrage nach § 1027 geschützt, außerdem steht ihm noch der Schutz des § 1029 zur Seite, wie später nachgewiesen werden soll.

Als nicht übertragbares Recht unterliegt unsere Dienstbarkeit an sich ebenso wenig, wie der Nießbrauch, der Pfändung; aber, wie bei letzterem nach § 857

Abs. 3 CPO. eine Pfändung insoweit möglich ist, als die Ausübung einem anderen übertragen werden kann, ist die erstere ebenfalls pfändbar, aber eben nur insoweit. als die Ausübung einem anderen, also nur im Falle der Gestattung der Überlassung, überlassen werden kann, Da die Gestattung sich als Ausnahme darstellt, kann man sagen, daß das Recht im Zweifel auch der Ausübung nach nicht pfändbar ist. Auch der Belastete selbst kann nicht dadurch, daß er lediglich zum Zwecke seiner Pfändung einseitig dem Berechtigten eine von diesem weder verlangte noch angenommene, auf ihn selbst beschränkte Erlaubnis erteilt, das Recht für sich pfändbar machen (vgl. Gaupp-Stein II S. 638 u. Seuffert II S. 545). Die Erlaubnis muß immer auf dem übereinstimmenden Willen beider beruhen.

Zur Konkursmasse ist unsere Dienstbarkeit nur unter den ganz gleichen Voraussetzungen zu ziehen (Motive III S. 568, Jäger § 1 S. 16): ebenfalls rechtsgeschäftlich verpfändet kann die Ausübung auch nur werden, wenn der Berechtigte einwilligt (v. Staudinger zu § 1092).

II. Die Unvererblichkeit dieser Dienstbarkeit ist in ihrer Natur begründet und wird durch § 1061, der nach § 1090 Abs. 2 entsprechende Anwendung findet, besonders ausgesprochen. Es ist also nicht möglich, daß jemand für sich und seine Erben z. B. ein Wohnungsrecht begründet. Die totale Nichtigkeit dieses Vertrages würde von § 139 BGB. abhängen, ev. wäre das Recht für den Kontrahenten allein begründet. Künftige Erben könnten niemals eine ihrem Erblasser zustehende beschränkte persönliche Dienstbarkeit auf Grund ihrer Erb-

folge in Anspruch nehmen, wohl aber, wenn für sie unter der Bedingung des Todes des Erblassers ebendieselbe begründet worden wäre. Mit Eintritt der Bedingung erwürben sie auf Grund des von dem Besteller und ihrem Erblasser zu ihren Gunsten geschlossenen Vertrags die Dienstbarkeit, und zwar nicht als eine durch sie als Erben fortgesetzte, sondern als für sie neu bestellte (Biermann, v. Staudinger zu § 1090, Dernburg Anm. 2 S. 550).

§ 6.
Rechts- und Besitzschutz.
I.

1. Der Rechtsschutz unserer Dienstbarkeit ist die actio negatoria, zu der wir auf Grund der Verweisung von § 1090 auf § 1027 und wiederum von § 1027 auf § 1004 gelangen. Klagberechtigt ist demnach derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt ist, und er kann mit dieser Klage die Beseitigung jeder Beeinträchtigung seiner Dienstbarkeit, ev. die künftige Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen verlangen. Es ergibt sich die Frage, ob auch derjenige, dem bei gestatteter Überlassung die Ausübung übertragen ist, als zur Anstellung dieser Rechtsklage legitimiert erscheint. Die Beantwortung könnte noch zu weiteren Untersuchungen Anlaß geben, wenn sich herausstellt, daß der in gewisser Weise für unsere Dienstbarkeit vorbildliche Nießbrauch demjenigen, dem die Ausübung desselben überlassen ist, ein solches Klagerecht gewährt. Läßt sich aber schon für den Nießbrauch das Gegenteil nachweisen, so kann daraus mit Sicherheit geschlossen werden, daß dann erst recht

nicht für unsere Dienstbarkeit eine Untersuchung nach dieser Richtung in Betracht kommen kann. Unsere Dienstbarkeit ist noch persönlicherer Natur und hat noch mehr den Alimentencharakter, als der Nießbrauch, und gerade die letztere Eigenschaft ist es, die beim Nießbrauch zur Ablehnung seiner Übertragbarkeit und der Befugnis zur Erhebung der dinglichen Rechtsklage von Seiten desjenigen, dem die Ausübung überlassen ist, geführt hat.

Gemeinrechtlich war der Standpunkt der herrschenden Ansicht der, daß allerdings nicht das Nießbrauchsrecht als solches bei der Überlassung auf den Ausübenden übertragen, aber daß die Ausübungsbefugnis als dingliches Recht anerkannt und demgemäß auch dem Ausübenden die dingliche Klage gegeben wurde (vgl. Neumann S. 26—38, wo die verschiedenen Ansichten zusammengestellt sind, Mittag S. 23—29 und Siebeneicher S. 14—24). Dieser Grundsatz erlitt nur Ausnahmen in den Fällen, in denen nach dem Wesen des abzuschließenden Rechtsgeschäfts nur ein obligatorisch geschütztes Recht entstehen kann, wie z. B. durch Miete und Pacht. Denn hier wird schon der, der vom Eigentümer diese Rechte erwirbt, nur obligatorisch berechtigt, um so mehr also erst der, dessen Autor der Nießbraucher ist, und sodann in den Fällen, in denen die Parteien dem Ausübenden nach ihrem ausdrücklichen Willen nur ein obligatorisches Recht begründen wollten, obwohl an und für sich die Möglichkeit für die Begründung eines dinglichen Rechtes gegeben war (Siebeneicher S. 16 und 17). Beim Schweigen des BGB. über diesen Punkt ist aus den Vorarbeiten die Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen, und hier finden wir genügende Anhaltspunkte dafür,

daß das Gesetz mit dem gemeinrechtlichen Prinzip hat berechnen wollen und den Ausübenden des Nießbrauchs in allen Fällen unterschiedslos auf bloß obligatorische Ansprüche gegen den Nießbraucher angewiesen hat. Denn die Denkschrift S. 136 und die Protokolle III S. 409 sprechen dies unzweideutig aus mit dem Hinweis, daß der Ausübende, wenn er sich im Besitze der Nießbrauchssache befinde, an den Besitzschutzmitteln eine hinreichend geschützte Stellung habe. Daß das Gesetz diesen Standpunkt einnehmen will, wird von den Schriftstellern und Kommentatoren einheitlich anerkannt (Neumann S. 62—65, Anm. 148, Mittag S. 64 u. 65, Siebeneicher S. 24—30). Der I. Entwurf (s. Siebeneicher S. 25) und die Motive S. 525 und 526 stellten sich auf den Standpunkt der freien Übertragbarkeit des Rechts und verurteilten das gemeinrechtliche Prinzip von der Anerkennung der Ausübungsbefugnis mit dinglicher Wirkung, weil damit der Nießbraucher ein Recht ohne Inhalt behalten würde, und der Gesetzgeber mit derartigen Kategorien ohne zwingenden Grund nicht rechnen dürfe. Damit wurde der Nießbrauch als frei veräußerliches und übertragbares Recht von seiner ursprünglichen Zweckbestimmung, dem Alimentationsbedürfnis bestimmter Personen zu dienen, losgelöst und zu einem Objekt des Warenverkehrs gemacht. Von dieser in mancher Hinsicht gerechtfertigten Auffassung trat aber der II. Entwurf völlig zurück und hob den Alimentationscharakter des Nießbrauchs so ausschließlich hervor, daß die Frage seiner Übertragbarkeit lediglich mit Rücksicht auf diese Eigenschaft für alle Fälle gleichmäßig im verneinenden Sinne entschieden wurde (Mittag S. 63, 64, 65). Nachdem so die Über-

tragbarkeit abgelehnt war, und die Denkschrift S. 136 ausgeführt hatte, daß dem praktischen Bedürfnis dadurch Genüge geschehe, daß die Überlassung der Ausübung an einen Andern im Wege eines obligatorischen Vertrags z. B. eines Pachtvertrags gestattet werde, ist das Recht des Ausübenden damit für künftige Zeit genügend deutlich gekennzeichnet. Die Anstellung der Rechtsklage ist ihm demnach versagt.

Unsere beschränkte persönliche Dienstbarkeit trägt nun noch im weit höheren Maße den Charakter der Alimentation an sich. Es ist schon vorher hervorgehoben worden, daß unser Recht ein lediglich auf die Person des Berechtigten abgestelltes ist und im Prinzip eine Übertragung an eine andere Person der Ausübung nach als eine mit seinem Rechtsinhalt vorgenommene Rechtsänderung nicht verträgt, weswegen die Überlassung gegenüber dem Nießbrauch auch so erheblich erschwert ist; aus diesem Grunde können wir mit Recht behaupten, daß, wenn das Gesetz nicht einmal die dingliche Klage für denjenigen, dem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist, bewilligt hat, es noch viel weniger daran gedacht hat, sie im gleichen Fall demjenigen, den die Ausübung unserer Dienstbarkeit überlassen ist, zu geben.

Ist zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bereits entstanden gewesen, so bleibt sie mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt und Rang gemäß Art. 184 Satz 1 bestehen, bezüglich der Erhebung der Rechtsklage kann aber niemals, selbst wenn man für sie nach gemeinem Recht im Falle der Überlassung einen dinglichen Rechtsschutz für den Ausübenden, wie beim Nießbrauch,

annehmen wollte, das alte Recht mehr in Betracht kommen, da der Rechtsschutz nicht zum Inhalt des Rechts gehört, und der Art. 184 Satz 1 bezüglich des Rechtsschutzes nichts erwähnt, also ohne weiteres das neue Recht, daß denselben geordnet hat, in dieser Beziehung Anwendung finden muß. Und dieses versagt dem betreffenden Ausübenden die Rechtsklage.

2. Den Besitzschutz unserer Dienstbarkeiten regelt der § 1029, ev. kommen die §§ 861 und 862 noch zur Anwendung. Diesen Schutz genießt vor allem der in das Grundbuch als Berechtigter Eingetragene, also nicht nur der wahre Berechtigte, sondern auch derjenige, für den ein ihm nicht zustehendes Recht eingetragen ist, und für den die Ersitzung gemäß § 900 Abs. 2 läuft. Hierauf hat Planck zu § 1090 Anm. 3 Abs. 2. a. E. mit Recht hingewiesen. Es kommt für die Anwendung des § 1029 auf die Existenz des Rechts garnicht an, wenn nur die Eintragung und die Ausübung des Rechts im letzten Jahr stattgefunden hat, und hierin verdient Planck's Ansicht Endemann Anm. 8, S. 417 gegenüber hervorgehoben zu werden, der die Heranziehung des § 1029 zu unseren Dienstbarkeiten für verfehlt erachtet, weil nach seiner Ansicht immer die Ausübung derselben durch den eingetragenen Berechtigten erfordert werde, und hiernach nur die Geltendmachung des Rechts in Frage komme. Endemann hat die von Planck angeführten Fälle übersehen (Hüttenhain S. 84 u. 85). Über eine größere Anwendbarkeit des § 1029 scheinen diese Schriftsteller, sowie Fuchs zu § 1090, der sich Endemann anschließt, und Enneccerus-Lehmann § 85 nicht hinausgehen zu wollen, und doch ist meiner Ansicht

nach die Anwendung desselben hiermit noch nicht erschöpft. Sie führt dazu, auch denjenigen Personen, die die Dienstbarkeit auf Grund rechtsgeschäftlicher Gestattung z. B. als Pächter ausüben, diesen Besitzschutz angedeihen zu lassen. Da unsere Dienstbarkeit kein herrschendes Grundstück voraussetzt, ergibt die analoge Anwendung für die Geltendmachung der Klage, daß sich der hierzu Legitimierte in einem der Sachinhabung zu vergleichenden Ausübungszustand (Mot. S. 478) befinden muß. Dies ist in erster Linie beim Berechtigten, sodann aber auch bei demjenigen der Fall, dem die Ausübung auf Grund eines Rechtsgeschäfts überlassen ist, vorausgesetzt, daß die Überlassung gestattet war. Sind dann die anderen Bedingungen des § 1029 erfüllt, so liegt m. E. kein Grund vor, diesen Personen den Schutz desselben zu versagen. Und zwar besteht dieser Schutz nicht nur im Fall der ins Grundbuch eingetragenen Gestattung der Überlassung, sondern auch dann, wenn dies nicht geschehen, also die Gestattung von nur obligatorischer Wirkung ist, in welchem Falle der § 1029 nur nicht gegen den Singularsuccessor des Eigentümers in Anwendung gebracht werden kann. Im allgemeinen stehen auf diesem Standpunkt Matthias § 50 und v. Staudinger zu § 1090, während Biermann zu § 1090 und Hüttenhein S. 83 und 96 gerade diese Konsequenzen nicht ziehen wollen. Denn Biermann gesteht die Klage außer dem Berechtigten nur demjenigen zu, der in der Ausübung der Dienstbarkeit gestört wird und der sie für den eingetragenen Berechtigten ausgeübt hat; das ist eine so eng gefaßte Voraussetzung, wie sie der § 1029 garnicht verlangt, und wie sie auch nicht

gebilligt werden kann. Darnach würde nach Biermann und Hüttenhein, der dessen Ansicht folgt, der Pächter den Schutz nicht haben, weil er die Berechtigung nicht für den Berechtigten, sondern für sich ausübt. Entsprechend dieser ihrer Auffassung müssen sie auf der anderen Seite dazu kommen, den Schutz des § 1029 auch Familienangehörigen, Freunden und anderen Personen, die die Dienstbarkeit in gewissem Sinne wahrnehmen, nämlich insoweit, als durch ihre Benutzung das persönliche Bedürfnis des Berechtigten befriedigt wird, zu geben. Dies wird auch von Hüttenhain S. 80 bis 84 ausdrücklich behauptet. M. E. ist diese Ansicht unzutreffend. Von einer Ausübung der Berechtigung durch diese Personen kann garnicht die Rede sein, sondern es übt hier nur der Berechtigte dieselbe aus, und eine Störung der Ersteren in der Ausübung ist lediglich eine solche des Letzteren. Er wird in ihrer Person gestört, sie sind überhaupt nicht Ausübende im Sinne des Gesetzes. Ob auch Matthias und v. Staudinger sich auf den Hüttenhainschen Standpunkt bezüglich dieser Frage haben stellen wollen, wenn sie sagen, daß die Klage jeder hat, der in der Ausübung gestört wird, resp. der die Dienstbarkeit tatsächlich ausübt, lasse ich dahingestellt; klar ausgesprochen haben sie es jedenfalls nicht. Es wird davon abhängen, welche Personen sie als Ausübende anerkennen.

Hält der Berechtigte auf dem belasteten Grundstück zugleich eine Anlage, so ist er auch Sachbesitzer, und es stehen ihm dann die Besitzklagen aus §§ 861 und 862, sowie auch § 859 zu Gebot. Dasselbe Recht hat derjenige, dem die Ausübung auf Grund einer dem Be-

rechtigten vom Eigentümer erteilten Gestattung überlassen ist, nachdem er den Besitz an der Anlage ergriffen hat. Bei einem Wohnungsrecht, das entweder unter Ausschluß des Eigentümers nach § 1093 oder nicht unter diesem Merkmal nach §§ 1090—92 bestellt ist, hat der Berechtigte gegen den Eigentümer zunächst zwecks Einräumung des Besitzes die Rechtsklage, nach Inbesitznahme der Wohnung im Falle des § 1093 gegen jeden, auch gegen den Eigentümer, im Falle der §§ 1090—92 gegen jeden Dritten, nicht aber gegen den Eigentümer, da § 866 BGB. eingreift, es sei denn, daß es sich um Besitzentziehung handelt, die Besitzklagen. Analoger Weise hat derjenige, dem die Ausübung erlaubtermaßen überlassen ist, nach Inbesitznahme der Wohnung dieselben Besitzschutzmittel.

Unsere Dienstbarkeit wird auch nach dem Inkrafttreten des BGB. hinsichtlich des Besitzes nach den bisherigen Gesetzen geschützt, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art. 191 Abs. 1). Wenn aber der Dienstbarkeitsberechtigte zugleich Sachbesitz hat, so hört der Schutz nach altem Recht auf, und er hat nur den als Sachbesitzer. Der Art. 191 will nur vermeiden, daß solche nach altem Recht Rechtsbesitzschutz genießenden Dienstbarkeitsberechtigten deswegen, weil das neue Recht einerseits einen Rechtsbesitz nicht anerkennt, andrerseits die Voraussetzungen des § 1029 noch nicht erfüllt werden konnten, ohne jeglichen Schutz bleiben sollen. Haben sie aber bereits den Schutz des Sachbesitzes, so hält das Gesetz diesen für ausreichend (Habicht S. 352). Von dem Zeitpunkte an, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, müssen unsere Dienstbarkeiten, um fernerhin

Schutz zu genießen, eingetragen sein. Das ergeben die Art. 184 Satz 1 und 191 Abs. 1. Nach ersterem bleiben sie allerdings mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Rang, aber nicht mit dem früheren Schutz, wie letzterer zeigt, bestehen, und der nach neuem Recht gebildete Schutz aus § 1029 wird ihnen nur verliehen, wenn dessen Voraussetzung erfüllt wird, nämlich ihre Eintragung ins Grundbuch (Turnau-Förster zu § 1090). Auch an nicht buchungspflichtigen Grundstücken bestehende beschränkte persönliche Dienstbarkeiten müssen eingetragen sein, wenn sie den Schutz des § 1029 genießen sollen. Denn nur bezüglich der Begründung und Aufhebung von solchen Dienstbarkeiten finden die landesgesetzlichen Vorschriften nach Art. 128 EG. Anwendung, bezüglich des Besitzes bleibt es bei den Bestimmungen des BGB. und das verlangt als Voraussetzung der Geltendmachung des § 1029 Eintragung. Man kann dem nicht entgegenhalten, daß die Dienstbarkeiten an solchen Grundstücken trotzdem ohne Eintragung Besitzschutz nach Art. 191 Abs. 1 behielten, da für sie das Grundbuch noch nicht angelegt wäre. Auch für solche gilt als der kritische Zeitpunkt der, an dem für den Bezirk, zu dem das Grundbuch gehört, das Grundbuch angelegt ist (Art. 186 Abs. 2, Habicht S. 431).

3. Was zum Schluß dieses Abschnitts die Feststellungsklage anlangt, so kann natürlich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 ZPO. der Berechtigte auf das Bestehen seines Rechts, bei einer auf Grund der Gestattung vorgenommenen rechtsgeschäftlichen Überlassung der Ausübung auch der Ausübende auf Bestehen der

Berechtigung der Ausübung des Rechts eine darauf gerichtete Klage erheben.

II.

1. Eine viel umstrittene Frage über die Berechtigung zur Erhebung der erwähnten Klagen kommt zu Raum, wenn die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zu Gunsten einer juristischen Person, insbesondere einer Gemeinde bestellt sind, und wenn es sich um solche Dienstbarkeiten dabei handelt, deren Ausübung ihrer Natur nach seitens aller oder einzelner Gemeindemitglieder stattfindet. Hier vertritt Stobbe S. 486 und 487, die Entscheidung in Seuff. Arch. Bd. 8 Nr. 113 und vor allem in feststehender Praxis das hiesige Oberlandesgericht in seinen Entscheidungen (M. Z. Bd. 13 S. 126, Bd. 14 S. 19, Bd. 19 S. 52 u. 53, Bd. 22 S. 228—230) die Ansicht, daß im Falle der Verletzung der Berechtigung die einzelnen Mitglieder sogar dann selbständig zur Geltendmachung des Rechts legitimiert seien, wenn in ihrer Person das Recht der Gemeinde bestritten, nicht nur, wenn ihre Eigenschaft als Mitglied der Gemeinde oder das Vorhandensein des von ihnen behaupteten Bedarfs in Abrede genommen werde. Da die Glieder aber nicht die Gemeinde verträten, sondern nur ihr ihnen neben dem Gemeinderecht selbständig zustehendes Sonderrecht geltend machten, sei die Rechtskraft nur eine individuelle und wirke nur für und gegen sie selbst, keinesfalls werde dadurch das Rechtsverhältnis an sich berührt. Gegen diese Auffassung hat sich das RG. in den Entscheidungen Bd. 44 S. 145 und neuerdings in der vom 27. Oktober 1903 gewandt. Es führt aus, daß allerdings Sonderrechte der Gemeindemitglieder bestehen

könnten, was z. B. zuträfe, wenn ihre Mitgliedschaft zur Gemeinde bestritten würde, und in solchem Fall müßte ihnen zur Durchführung dieses Rechts das Recht zur Klage zugesprochen werden, aber daß, soweit es sich nur um die Ausübung der der Gemeinde zustehenden Berechtigung handele, ihnen zur selbständigen Geltendmachung des in der Ausübung liegenden Rechts die Legitimation versagt werden müsse. Denn dieses Recht sei kein Sonderrecht, kein selbständiges zur individuellen Rechtssphäre der Gemeindemitglieder gehöriges Recht, sondern es gehöre zu dem der Gemeinde als solcher bestellten Recht; hierüber habe aber die Verfügung nur die Gemeinde, und die Glieder übten das Recht auch nur als solches aus. Hätten die Mitglieder demnach kein eigenes Recht, so würde das Recht, das sie im Prozeßwege geltend machen, doch immer nur Recht der Gemeinde sein, und konsequent müßte der Prozeß, auch wenn man die Mitglieder als Vertreter der Gemeinde ansehen wollte, was nicht der Fall sei, für und gegen die Gemeinde Rechtskraft machen, eine Folge, die auch die entgegengesetzte Ansicht auf keinen Fall eintreten lassen wolle. Dem Standpunkt des RG. ist m. E. der Vorzug zu geben. Nur die Gemeinde als solche ist Trägerin und Inhaberin des Rechts, und niemals die Gemeindemitglieder, und nur sie hat die materiell-rechtliche Legitimation zur Geltendmachung des Rechts. Das persönliche Bedürfnis der Gemeinde erhält in diesen Fällen in der Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder seine Befriedigung, die darin verkörpert werden, daß denselben die Wohltat der Berechtigung in der Tatsache der Ausübung zuteil wird. In der Person ihrer Mitglieder übt die

Gemeinde ihr Recht aus. Und selbst, wenn der Gemeinde das Recht lediglich durch Ausübung der einzelnen Gemeindemitglieder und im praktischen Erfolge wesentlich zu Gunsten derselben entstanden ist, so steht es beim Ablauf der Ersitzungs- oder Verjährungszeit doch nur ihr zu. Sie allein hat es erworben; ob nun durch Bestellung oder Ersitzung oder auf sonstige Weise, ist gleichgültig. Durch die verschiedenartige Weise des Erwerbs werden die Rechtsverhältnisse der Mitglieder nach der behandelten Richtung hin nicht berührt. Mit diesen Fällen ist nicht zu verwechseln der, bei welchem tatsächlich ein oder mehrere Mitglieder ein Sonderrecht, ein selbständiges Nutzungsrecht für sich durch ihre Handlung haben erwerben wollen und erworben haben; darum handelt es sich hier nicht. Die Ansicht des RG. wird vertreten durch Kuhlenbeck S. 594, Biermann, Planck, Turnau-Förster, v. Staudinger zu § 1090, ebenso Prot. S. 439 und 440.

Ebenso wie bei Leistungsklagen wird aber auch eine solche Berechtigung der Gemeindemitglieder bei Feststellungsklagen abgelehnt werden müssen. Voraussetzung für die positive Feststellungsklage bildet das rechtliche Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses, und dasselbe ist dann anzunehmen, wenn durch das Verhalten des Beklagten eine erhebliche tatsächliche Ungewißheit des klägerischen Rechts herbeigeführt wird, welche geeignet ist, das besondere Recht des Klägers zu gefährden (Gaupp-Stein zu § 256 ZPO.). Dieses Feststellungsinteresse liegt bei dem in der Meckl. Z. Bd. 22 S. 224 ff. mitgeteilten Fall in erhöhtem Maße vor; denn der Kläger soll, um einer

eventuellen Verurteilung wegen unberechtigten Fischens zu entgehen, dem Schöffengerichte auf seine Behauptung, daß er als Mitglied der betreffenden Gemeinde die Befugnis zum Fischen habe, den Nachweis der Richtigkeit derselben durch eine Entscheidung erbringen. Wird nun seine Legitimation zur Erhebung solcher Feststellungsklage verneint und springt ihm seine Gemeinde nicht bei, indem sie Feststellungsklage gegen das Finanz-Ministerium erhebt, daß ihr die Fischereigerechtigkeit zustehe, deren Voraussetzung durch das in der Wahrung der Interessen des Einzelnen liegende gemeindliche Interesse begründet wird, so kann die Folge die sein, daß der Kläger im Strafverfahren, obwohl ihm die Befugnis, als Mitglied der Gemeinde zu fischen, objektiv zusteht, verurteilt wird und fernerhin die Fischereigerechtigkeit nicht mehr wahrnehmen kann. Es wird ja kaum die mögliche Schlußfolgerung eintreten, da noch das Vorliegen anderer Umstände für die Verurteilung erforderlich wären, aber es ist doch nicht von der Hand zu weisen, daß die Lage des Klägers durch die Verneinung der Aktivlegitimation sich zu einer äußerst mißlichen gestalten würde. Deshalb fragt es sich, ob nicht in solchen Fällen, in denen dem Feststellungsinteresse ein ganz hervorragender Wert für das einzelne Gemeindemitglied beigelegt werden muß, dasselbe doch selbständig diese Klage erheben darf, zumal dieselbe in einer derartig prekären Lage materiell nicht so sehr den Charakter eines Angriffs, als einer Verteidigung in sich birgt, und das Gemeindemitglied, falls es von einem anderen wegen widerrechtlicher Störung eines von demselben in Anspruch genommenen ausschließlichen Fischereirechts im Wege der Klage belangt

würde, dieser zulässigerweise eine inhaltlich gleiche Einrede entgegensetzen könnte. Aber trotz aller dieser Umstände, die für die Anerkennung der Legitimation des einzelnen Gemeindemitglieds zur Erhebung der Feststellungsklage sprechen, ist allein schon ausschlaggebend das Moment, daß neben der prozessualen Voraussetzung des Vorliegens des Feststellungsinteresses ein der begehrten Feststellung zu Grunde liegendes Recht des Klägers vorhanden sein und dieses der Gefährdung unterliegen muß. Ein solches Recht des Klägers existiert nicht, wie wir gesehen haben, und es fehlt daher an einer Prozeßvoraussetzung für die Erhebung der Klage, nämlich der materiellen Legitimation in der Person des Klägers. Als aktiv legitimiert kann nur die Gemeinde gelten.

Handelt es sich um Gerechtigkeiten, die die Gemeinde finanziell verwertet, z. B. durch erlaubte Verpachtung, also Fälle, deren Inhalt nicht Tatbestand der angeführten Entscheidungen war, so ist der Rechtsstandpunkt in diesen Fragen genau derselbe, wie wenn eine zu Gunsten einer einzelnen Person bestellte Dienstbarkeit in Frage stände, nämlich der, daß nur die Gemeinde die Rechtsklage hat, und daß diejenigen, welchen die Ausübung überlassen ist, lediglich auf § 1029, ev. auf §§ 859, 861 u. 862 angewiesen sind.

2. Zu diesen Besitzklagen sind bei dieser Art von Dienstbarkeiten neben der Gemeinde auch die einzelnen Gemeindemitglieder berechtigt, wenn ihnen nämlich von der Gemeinde das Recht auf Grund der dispositiven Vorschrift des § 1092 z. B. verpachtet ist, aber sie besitzen diese Legitimation lediglich als dritte, sie beruht

nicht auf ihrer Qualifikation als Gemeindemitglieder. Bei den Dienstbarkeiten, deren Ausübung ihrer Natur nach sich in der ihrer Mitglieder betätigt, ist ausschließlich die Gemeinde zur Anstellung der Besitzklagen legitimiert, niemals die Mitglieder. Denn da die Gemeinde in der Person ihrer Glieder die Ausübung vornimmt, kann auch nur sie allein gestört werden und deshalb ist auch nur sie aus §§ 1029, 859, 861 u. 862 geschützt (vergl. Planck zu § 1090, Endemann S. 417 Anm. 8, Kuhlenbeck S. 594).

Einer Feststellungsklage derjenigen, denen die Ausübung nach erfolgter Gestattung rechtsgeschäftlich überlassen ist, mit der Maßgabe, daß ihnen die Berechtigung der Ausübung der Dienstbarkeit zustehe, wird bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 CPO. nichts entgegengesetzt werden können.

Das gewonnene Resultat wird sich dahin kurz zusammenfassen lassen, daß die Rechtsklage immer nur die Gemeinde, die Besitzklagen neben der Gemeinde auch diejenigen, bei denen rechtsgeschäftliche Überlassung der Ausübung unter Voraussetzung einer Gestattung der Übertragung vorliegt, erheben können, und daß zur Erhebung der Feststellungsklage auf Bestehen des Rechts wiederum ebenfalls nur die Gemeinde, auf Bestehen der Berechtigung der Ausübung des Rechts auch diejenigen, denen unter der bereits erwähnten Voraussetzung die Ausübung überlassen ist, legitimiert sind. In keinem dieser Fälle sind aber die Gemeindemitglieder als solche klagberechtigt.

§ 7.

Das Wohnungsrecht des § 1093.

I. Es kann nach den Vorschriften der §§ 1090—92 BGB. auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes als Wohnung benutzen zu dürfen. Als solches Recht wird das Mitbenutzungsrecht an einer Wohnung vorkommen können, wenn auch regelmäßig dieses entweder als Reallast bestellt werden oder auf obligatorischer Verpflichtung beruhen wird; wenigstens wird in diesen beiden Verpflichtungen die angemessenste Form für die Begründung eines solchen Wohnungsrechts zu finden sein (Mot. S. 570, Endemann S. 418 Anm. 11). Regelt sich das Recht nach den Vorschriften der §§ 1090—92, so wird es von den Parteivereinbarungen abhängen, in welchem Umfange dasselbe existieren soll, insbesondere welche Personen der Berechtigte in die Wohnung mitaufnehmen darf; beim Fehlen von Bestimmungen entscheidet das persönliche Bedürfnis des Berechtigten (vgl. hierzu Art. 15 § 6 Abs. 2 der Preuß. AV. zum BGB., wo bei dem als Altenteil bestellten Mitbenutzungsrecht in der Form unserer Dienstbarkeit der gesetzliche Ausschluß der Aufnahme gewisser Personen ausgesprochen ist und Dernburg S. 576). In einem solchen Falle kann der Berechtigte nicht verlangen, daß ihm ein willkürlich auf diesen oder jenen Teil des Hauses zu erstreckendes Wohnungsrecht eingeräumt werde, sondern nur, daß ihm die für ihn selbst nötigen Räumlichkeiten zur Benutzung überwiesen werden (Seuff. Arch. Bd. 8 Nr. 235).

Soll aber das Wohnungsrecht unter Ausschluß des Eigentümers bestellt werden, so finden neben den all-

gemeinen Vorschriften der §§ 1090 92 die besonderen des § 1093 Anwendung. Der Berechtigte hat einen dinglichen Anspruch darauf, daß ihm vom Eigentümer die Wohnung zum ausschließlichen Gebrauch eingeräumt werde, er kann sich jede Einmischung desselben verbitten, und es stehen ihm zur Durchführung seiner Rechte dingliche Rechts- und Besitzschutzmittel zur Verfügung. Der Ausschluß des Eigentümers ist es, der dieses ausschließlich ihm zustehende Wohnungsrecht vom Mitbenutzungsrecht scheidet.

II. 1. Dieses spezialisierte Wohnungsrecht erhält seine Abgrenzung gegenüber dem Nießbrauch dadurch, daß bei Letzterem der Berechtigte sämtliche durch die Wohnung gewährten Nutzungen ziehen darf, also ihm besonders die Verwertung der Wohnung durch Vermietung zusteht, während nach § 1093 das Recht lediglich dem persönlichen Bedürfnis des Berechtigten entsprechen soll, und der Regelfall davon ausgeht, daß nur das persönliche Wohnen in Frage kommt. Es kann im Einzelfall zweifelhaft werden, ob das eine oder das andere Recht hat begründet werden sollen, besonders, wenn Gegenstand des Rechts das ganze Gebäude ist. Die Entscheidung über den Charakter des Rechts wird sich aus dem Willen der Parteien ergeben, denen es entweder darauf ankam, ein zu verwertendes Objekt dem Berechtigten zukommen zu lassen, oder die ihm lediglich eine ausreichende lebenslängliche Unterkunft gewähren wollten (vgl. Turnau-Förster, Fuchs, v. Staudinger, Planck zu § 1093).

2. Der Gegensatz zum Erbbaurecht, das inhaltlich ja auch ein Wohnungsrecht in sich schließen kann, tritt darin hervor, daß neben der Veräußerlichkeits- und Vererblichkeits-

fähigkeit für seinen Begriff eine bestimmte wirtschaftliche Art der Benutzung des Bodens als Baugrund wesentlich ist (Mot. S. 469 u. 470). In dieser Benutzung kommt der eigentliche Inhalt des Rechts zur Geltung. Der Erbbauberechtigte nimmt entweder den Boden zur Aufführung eines Gebäudes in Anspruch, um dieses seinen Zwecken gemäß zu gebrauchen, oder er nutzt ein bereits auf solchem Baugrund errichtetes Gebäude für sich aus (v. Staudinger, Fuchs, Nr. 7 u. 8 zu § 1012). Das Wesen des Erbbaurechts bleibt aber immer daran kenntlich, daß die Grundlage seines Rechts die Benutzung des Bodens bildet; die letztere kann ihm durch Untergang des Gebäudes nicht verloren gehen. Daher ist er in solchem Fall berechtigt, den Wiederaufbau desselben vorzunehmen (Mot. S. 473), und ebenso zeigt sich seine Natur darin, daß es nicht an einem Teil eines Gebäudes bestellt werden kann (Turnau-Förster zu § 1093), weil dann keine Benutzung des Baugrundes vorläge. Beim Wohnungsrecht des § 1093 wird lediglich das Gebäude benutzt (Fuchs zu § 1093), und deshalb kann es einerseits an einem Teil bestellt werden, andrerseits ist es abhängig vom Bestande desselben; denn der Wohnungsberechtigte ist nicht befugt, im Falle seines Unterganges ein neues zu errichten. Es fehlt ihm am „Habendürfen" des Gebäudes. Im Regelfall wird unserem Berechtigten auch die gleiche wirtschaftliche Ausnutzung des Rechts, wie sie dem Erbbauberechtigten zusteht, fehlen, doch kann dieselbe im praktischen Erfolge durch Gestattung der Verwertung erzielt werden.

3. Gegenüber der Reallast, deren charakteristischer Rechtsinhalt auf eine Leistungspflicht des Eigentümers

des belasteten Grundstücks hinausläuft, und deren Anwendung auf die Begründung eines Wohnungsrechts die Konsequenz zulassen müßte, daß der Bodeneigentümer anstelle der untergegangenen Wohnung des Berechtigten dieselbe wiederherzustellen oder eine andere anzuweisen hätte (Fuchs zu § 1093), ist dem nach § 1093 begründeten Recht eine derartige Verpflichtung des Eigentümers als begriffliches Merkmal fremd. Sein Inhalt besteht darin, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Benutzung des Gebäudes durch Bewohnung muß geschehen lassen, eine Verpflichtung zur Wiederherstellung desselben im Falle des Unterganges liegt nicht in ihm begründet. Traf nach früherem Recht ein als beschränkte persönliche Dienstbarkeit aufzufassendes Wohnungsrecht mit aus dem Grundstück zu bewirkenden Leistungen an den Auszügler in einem Altenteilsvertrag zusammen, so wurde das Rechtsverhältnis als ein einheitliches angesehen und als Reallast behandelt (Fuchs zu § 1093, RG. v. 16. III. 1901 in Gruchot's Beiträgen 46. Jg. S. 131). Auch nach heutigem Recht will Dernburg S. 573 u. 574 diesen Rechtszustand als der Natur des Rechts entsprechend aufrechterhalten wissen, und zwar in Anlehnung an Art. 15 der Preuß. AV. zum BGB. Es muß allerdings zugegeben werden, daß diese Anschauung nach den Bestimmungen der Preuß. AV. im allgemeinen seine Berechtigung hat, weil dort eine gesetzliche Verpflichtung des Eigentümers zur Erhaltung der Wohnung in einem dem vertragsmäßigen Gebrauche entsprechenden Zustande und zur Wiederherstellung derselben im Falle der Zerstörung statuiert worden ist, aber als allgemein anzuerkennendes Prinzip ist diese Ansicht, besonders nach

der scharfen Scheidung, die die GO. § 50 macht, durchaus nicht aufrecht zu erhalten, sondern ein solches Realrecht ist je nach seinem Inhalt als ein aus zwei selbständigen Rechten, nämlich der Reallast und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, zusammengesetztes anzusehen (Fuchs zu § 1093).

4. Von dem als Grunddienstbarkeit bestellten Wohnungsrecht hebt sich unsere Dienstbarkeit dadurch ab, daß ersteres geeignet ist, zum Vorteil des herrschenden Grundstücks zu dienen und dienen soll, der Tod des Eigentümers desselben für die Beendigung des Rechts ohne Einfluß ist, während letzteres dem Eigentümer eines Grundstücks lediglich in seiner Person bestellt ist, ohne Rücksicht darauf, ob das Grundstück dadurch Vorteile hat oder nicht, und mit dem Berechtigten endigt (Fuchs zu § 1093).

5. Die schwierigste Abgrenzung unseres Wohnungsrechts tritt gegenüber der Miete einer Wohnung hervor. Bei dieser Untersuchung werden die Fälle ausgeschieden werden müssen, in denen eine Überlassung der Wohnung an den Mieter noch nicht stattgefunden hat, oder in denen der Mieter nach stattgefundener Überlassung den Besitz der Mietsache wieder aufgegeben hat, oder derselbe in sonstiger Weise beendigt ist. Denn hier liegt der Unterschied klar zu Tage. Während unser Berechtigter jederzeit die Einräumung der Wohnung auch gegen den Rechtsnachfolger des Belasteten verlangen und durchsetzen kann, ist der Mieter nur auf seinen obligatorischen Anspruch gegen den Vermieter auf Einräumung angewiesen, und es ergibt sich hieraus für ihn eine große Unsicherheit (Fuchs zu § 1093e, Eccius in Gruchot's Beitr. Bd. 44 S. 764).

Eine scheinbare Ähnlichkeit tritt erst dann hervor, wenn die Wohnung bereits dem Mieter überlassen ist. Nun behauptet Fuchs zu § 1093e, daß, wenn dieser Zustand eingetreten sei, tatsächlich ein charakteristischer Unterschied zwischen dem Wohnungsrecht nach § 1093 und dem Mietrecht nicht mehr vorhanden sei, obgleich das Gesetz die Grundstücksmiete unbestreitbar nicht als „Belastung" oder „Recht" an der Sache auffasse, was die Systematik des BGB. und die Vorschrift des Art. 188, Abs. 2 EG. zum BGB. unzweifelhaft ergäbe. Denn einerseits könnten sämtliche Eigentümlichkeiten beider Rechte durch Hinzufügung von Bedingungen und anderen Vereinbarungen vollständig verwischt, und damit die nach außen hervortretende Verschiedenheit beseitigt werden, andrerseits erweise sich das Mietrecht nach Überlassung als dingliches Recht, — wenn auch nicht als „Recht an der Sache"; — beide Begriffe dürften nicht mit einander identifiziert werden — und die positive Vorschrift der Eintragung des einen Rechts könnte auf seine innere Geartetheit keinen Einfluß haben (vgl. Fuchs zu § 1093e, S. 35 u. 36). Nun muß Fuchs insoweit Recht gegeben werden, als tatsächlich besondere Eigenschaften des einen Rechts in ihrem Erfolg auch bei dem anderen Recht erzielt werden können, und hierdurch die Unterschiede in den äußeren Merkmalen sich stark zurückdrängen lassen. Das Wohnungsrecht erzeugt keine gegenseitigen Verpflichtungen, besonders ist ein Entgelt für dasselbe, wie für das Mietrecht, nicht wesentlich, aber der gleiche Erfolg kann dadurch herbeigeführt werden, daß der Fall unpünktlicher Zahlung als auflösende Bedingung gesetzt wird (Biermann zu § 1093). Beim Tode des Mieters

setzt sich das Mietsverhältnis ohne weiteres fort; der Erbe und der Vermieter sind nur zur Kündigung berechtigt, was aber durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Auch bei dem Wohnungsrecht kann dasselbe Resultat dadurch erzielt werden, daß dasselbe unter der Bedingung des Todes des Berechtigten zu Gunsten seiner Erben bestellt wird (Fuchs zu § 1093 e).

Es ist ebenfalls anzuerkennen, daß dem Mieter durch die Besitzklagen und durch die Vorschriften der §§ 571, 577, durch welche er weitgehende Ansprüche gegen den Rechtsnachfolger des Vermieters und gegen solche Personen erlangt, zu deren Gunsten das Grundstück nach Überlassung an ihn belastet wird, ein fast gegen jeden wirksamer Schutz gegeben wird; hiermit stimmt auch v. Staudinger zu § 1093 und Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 764 und Bd. 46 S. 575 überein. Und es muß schließlich zugegeben werden, daß dadurch, daß das Gesetz das Wohnungsrecht, nicht aber die Grundstücksmiete, für eintragungsfähig erklärt hat, das innere Wesen der Rechte nicht umgewandelt wird, sondern diese sich trotz dieser im Gesetz hervortretenden Verschiedenheit innerlich gleich bleiben können.

Nicht beizupflichten ist aber Fuchs in seinen scharfsinnigen Ausführungen (Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 566—572 und Fuchs, Grundbuchrecht S. 35, 36) darin, daß das in Frage stehende Mietrecht ein dingliches Recht sei. Ein Dinglichkeitskriterium ist allerdings nicht die Behandlung des Mietsrechts im Obligationenrecht, die Ordnung der Rechtsverhältnisse der Miete auf vertraglicher Grundlage und die dem Vermieter gesetzlich

obliegende Leistungspflicht, die Wohnung in Stand zu halten, aber ein der Dinglichkeit wesentliches Merkmal ist der absolute Klageschutz. Daß dem Mietrecht dieses zum dinglichen Recht notwendige Requisit fehlt, hat besonders Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 763 und 764 und Bd. 46 S. 572—575 in überzeugender Weise nachgewiesen. Er bringt zur Widerlegung der Fuchsschen Ansicht verschiedene Beispiele, aus denen hervorgeht, daß das Recht des Mieters doch nicht immer und überall gegen jeden Dritten durchschlägt, so z. B. in dem Fall, wo jemand, der sich im Eigenbesitz eines in Wahrheit einem Anderen gehörenden Grundstücks befindet, dasselbe einem Dritten verpachtet und überlassen hat, dieser nun vom wahren Eigentümer aus dem Besitz gesetzt wird, und eine Verpachtung und Überlassung von Seiten des Eigentümers an einen von der Besitzentsetzung nichts ahnenden Dritten stattfindet. Gegen den Letzteren kann der Entsetzte aus §§ 861, 858 Abs. 2 nicht vorgehen und gegen den wahren Eigentümer, wie auch gegen den jetzigen Pachtinhaber ist sein Pachtrecht unwirksam (vgl. zu der Frage der Dinglichkeit der Miete RG. Bd. 4 S. 233, Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 481, Crome in Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 37, der unter III seiner Abhandlung in ausführlicher Weise die einzelnen Angriffspunkte gegen das dingliche Recht der Miete erörtert; auf dem Fuchsschen Standpunkt steht Cosack II § 243 S. 282 u. 283). Es ist klar, daß bei dem bereits zugegebenen sehr weitreichenden Schutz, den die Grundstücksmiete genießt, sich Fälle, wo der gegebene Schutz nicht ausreicht, nur sehr spärlich werden konstruieren lassen, aber schon die Tatsache, daß in einem Falle nach-

weisbar das Mietrecht gegenüber einem Dritten in seinem Schutze versagt, muß zur Widerlegung der Behauptung vom dinglichen Charakter der Grundstücksmiete für ausreichend erachtet werden, weil ein nur derartig relativer Schutz mit der Natur des dinglichen Rechts unvereinbar ist. Gegen Fuchs ist z. B. ferner die Regelung der Miete in der Zwangsvollstreckung beweisend, indem nach § 57 ZwVG. der Ersteher zur Kündigung des Mietsverhältnisses berechtigt ist, also insofern das Recht des Mieters nicht gegen ihn wirkt. Ganz ähnlich liegt der Fall beim § 1056 BGB. Der Nießbraucher, der über die Nießbrauchszeit das Grundstück vermietet hat, begründet für den Mieter ein obligatorisches, aber ein keineswegs sein eigenes Recht überlebendes dingliches Recht, das gegen den Eigentümer wirkt; dieser ist bei Ablauf der Nießbrauchszeit unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zur Kündigung berechtigt; er braucht die vom Vermieter und Mieter abgeschlossene Mietzeit nicht zu berücksichtigen, und diese Abmachung wirkt nicht gegen ihn (Crome S. 58—60).

In der Dinglichkeit des Wohnungsrechts nach § 1093 liegt der entscheidende Unterschied zur Miete, ganz abgesehen davon, daß, wenn man selbst die Miete als dingliches Recht konstruieren wollte, die Verpflichtung des Eigentümers zur Instandhaltung der Wohnung gemäß § 536 BGB. ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal abgeben würde.

III. Die Begründung, Übertragung, Ausübung und Endigung unseres Wohnungsrechts unterliegt den allgemeinen Vorschriften der §§ 1090—92 und den dort für anwendbar erklärten anderweitigen Bestimmungen.

Eine Ausnahme hiervon bildet das Wohnungsrecht, das in Verbindung mit einem Gutsüberlassungsvertrag als Altenteil bestellt ist, und für das Landesgesetze bestehen. Diese sind gemäß Art. 96 EG. zum BGB. unberührt geblieben. Sind zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. Wohnungsrechte bereits entstanden gewesen, so bleiben sie gemäß Art. 184 EG. bestehen, und es kann ihre Eintragung verlangt werden (Gruchot's Beiträge Bd. 46 S. 131 u. 132). War zur Sicherung unserer Dienstbarkeit ein Ultimat eingetragen, so gilt dies nach § 29 der Meckl. AV. zur GO. als Eintragung der Dienstbarkeit, und ein solches zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, eingetragenes Ultimat im Falle der Zwangsversteigerung gemäß § 198_1 der Meckl. AV. zum BGB. als Hypothek und zwar als Sicherungshypothek (§ 198_2).

Das Wohnungsrecht ist Belastung des Grundstücks, und aus diesem Grunde muß das Gebäude wesentlicher Bestandteil desselben sein (Biermann zu § 1093). Ist dies nicht der Fall, so ist die Begründung desselben juristisch undenkbar, weil nur das bewegliche Haus, nicht das Grundstück belastet, und hiermit die Voraussetzung auf der passiven Seite nicht vorhanden wäre.

Der Wohnungsberechtigte soll das Gebäude nicht zu anderen Zwecken benutzen, sondern lediglich als Wohnung; daher wird es ihm nicht gestattet sein, die Räume vorwiegend als Geschäfts- oder Arbeitsräume zu verwenden (Fuchs, Biermann, Planck zu § 1093), doch wird es, wie Planck anführt, ihm nicht verwehrt werden können, daß er darin zugleich seine Arbeiten oder seine sonstigen Geschäfte wahrnimmt. Auch zur Verwertung durch Ver-

mietung ist das Recht im allgemeinen ungeeignet, doch kann eine hierauf gerichtete Gestattung bewilligt werden.

Nach § 1093 Abs. 2, der nur eine Erweiterung des im § 1091 aufgestellten Grundsatzes enthält, ist der Berechtigte immer befugt, seine Familie, sowie die zur standesgemäßen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen. Der Begriff „Familie" ist hier im Sinne des gewöhnlichen Lebens zu nehmen. Es braucht sich nicht um Personen zu handeln, denen er alimentationspflichtig ist oder zu denen er in einem bestimmten Verwandschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis steht. Die Auffassung des Lebens, ob das Zusammenleben und das Zusammenwohnen des Berechtigten mit den Gliedern seiner Familie als das Normale erscheint, entscheidet. Auch später erst hinzutretende Personen wird der Berechtigte, soweit dies nicht nach der Beschaffenheit der Wohnung unzulässig ist, aufnehmen können, z. B. seinen neuen Ehegatten und die später erzeugten Kinder (Mot. S. 571, Dernburg S. 575, Turnau-Förster u. Planck zu § 1093).

Einer vorübergehenden Besuchaufnahme von Seiten des Berechtigten steht nichts im Wege (Mot. S. 571), wohl aber verträgt das Recht eine Pensionshaltung oder dauernde Beherbergung nicht, ebenfalls nicht, die Gewerbegehülfen in Logis zu nehmen, es sei denn, daß dem Berechtigten die Räume nicht so sehr als Wohnung, als zur Benutzung und Führung eines Geschäfts eingeräumt sind (Turnau-Förster zu § 1093). Nach den Mot. S. 571 braucht es sich bezüglich der zur Bedienung und Pflege erforderlichen Personen nicht gerade um das für den Berechtigten nötige Personal zu handeln, sondern es muß

auch in Ansehung der mitaufgenommenen zur Familie zu rechnenden Personen dasselbe gelten, und zwar ist die Haltung eines standesgemäßen Personals d. h. eines den Lebensverhältnissen der Beteiligten entsprechenden zulässig.

Nach § 1093 Abs. 3 erstreckt sich das Recht, wenn es auf einen Teil des Gebäudes beschränkt ist, ohne weiteres auf die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen, wie z. B. auf Hof, Brunnen, Waschküche, Treppen, Vorplätze, Trockenraum u. s. w. Diese Erstreckung ist naturgemäß und billig, da ohne solche die wirtschaftliche Benutzung der Wohnung nicht möglich wäre. Das Recht wird in dieser Erstreckung gleicherweise den mitaufgenommenen Personen zu statten kommen müssen.

Wie wir bereits festgestellt haben, kommt unser Wohnungsrecht in seinem Erfolge dem Nießbrauch sehr nahe, sodaß es oft zweifelhaft sein wird, welches Recht hat begründet werden sollen. Dadurch, daß das in dem Wohnungsrecht liegende Gebrauchsrecht in ähnlicher Weise umfangreich, wie der Nießbrauch, gestaltet ist, rechtfertigt sich die analoge Anwendbarkeit einer großen Anzahl von Vorschriften, die über den Nießbrauch gegeben sind (Mot. S. 570). Jedoch sind in erster Linie über die Ausgestaltung des Rechts die Parteivereinbarungen maßgebend, und in Ermangelung solcher kommen erst die im § 1093 angezogenen Vorschriften zur Geltung.

Neben den Bestimmungen der §§ 1090—92 und der hier zitierten sind ferner von den Nießbrauchsnormen die §§ 1031, 1034, 1036, 1037 Abs. 1, 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 anwendbar. Hervorzuheben ist

also nochmals, daß nach § 1041 dem Berechtigten die gewöhnlichen Ausbesserungen obliegen, und daß der Eigentümer nach § 1044 nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung vorzunehmen, daß also niemals von einer Leistungspflicht desselben in dieser Beziehung die Rede sein kann. Der Berechtigte ist nach § 1036 zum Besitz der Wohnung berechtigt. Daraus ergibt sich für den Fall der Entziehung oder Störung seines Besitzes die Anwendbarkeit der für den Besitzschutz gegebenen Vorschriften. Unter Zugrundelegung von § 1041 kann die im § 838 statuierte außerkontraktliche Verantwortlichkeit für den durch Einsturz des Gebäudes einem Andern verursachten Schaden in der Person des Wohnungsberechtigten gegeben sein (Turnau-Förster zu § 1093). Ohne besondere Bezugnahme wird man auch die §§ 1055 Abs. 1 und 1058 für entsprechend anwendbar erkären müssen; denn die Besitzerlangung beruht auf einem zwischen den Parteien bestehenden zur Rückgewähr der Sache verpflichtenden Rechtsverhältnis (Crome S. 63, v. Staudinger, Planck zu 1093), und für die Frage, ob im Verhältnisse zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer zu Gunsten des Ersteren nicht der Besteller ebenso, wie beim Nießbrauch, als Eigentümer zu gelten habe, liegt zur abweichenden Entscheidung gar kein innerer Grund vor, da die Verhältnisse hier wesensgleich liegen. Hierfür treten ein vor allem Hellwig, der S. 424 bis 428 hinsichtlich der Macht zur Prozeßführung mit Recht behauptet, daß der gutgläubige Nießbraucher an einem Grundstück gegen den Besteller mit Wirksamkeit gegen den wirklichen Eigentümer prozessiere, und

dieser Satz analog auf das Verhältnis des im Grundbuch als Eigentümer Eingetragenen und des Inhabers einer Grunddienstbarkeit oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit angewandt werden müsse, sowie v. Staudinger und Biermann zu § 1093; dagegen sprechen sich Planck und Fuchs zu § 1093 aus. Außerdem scheint Biermann mit seiner Behauptung Recht zu haben, daß die unterlassene Bezugnahme lediglich auf einem Versehen beruht, da der § 1058 auf den dahin gehenden Beschluß der II. Kommission, die Redaktionskommission solle eine den Nießbraucher in dieser Beziehung sicherstellende Vorschrift einfügen, erst nachträglich nach Abschluß der Revision des Sachenrechts aufgenommen wurde (Hellwig S. 427 und 428, Prot. III, S. 494 und IV, S. 592, 609 ff., Planck zu § 1058). Eine ganze Reihe von Vorschriften über den Nießbrauch konnte wegen der Verschiedenheit des dort vorausgesetzten Nießbrauchsgegenstandes z. B. beweglicher Sachen oder landwirtschaftlicher Grundstücke und unseres Wohnungsrechts keine Anwendung finden, die Bezugnahme auf §§ 1039 und 1056 mußte fortfallen, da das Gesetz im Prinzip ein Fruchtgenuß- und Vermietungsrecht bei unserer Dienstbarkeit nicht anerkannt hat (Biermann und Fuchs zu § 1093, Mot. S. 570). Ferner kommen die dem Eigentümer gegen den Nießbraucher wegen Gefährdung und Verletzung seiner Rechte zustehenden Sicherheitsmaßregeln auf Kautionsstellung oder Anordnung einer Verwaltung für das Wohnungsrecht nicht in Betracht, weil hierin eine nicht gerechtfertigte Härte gegen den Berechtigten liegen würde (Mot. S. 570). Der § 1059 ist durch § 1092 und der § 1065 durch

§ 1027, auf den § 1090 verweist, ersetzt worden. In letzterer Beziehung scheint zunächst der Ersatz nicht ausreichend zu sein; denn nach § 1065 würde der Wohnungsberechtigte nicht nur die Klage aus § 1004, sondern auch aus § 985 haben, während er durch § 1027 lediglich auf § 1004 angewiesen ist. Er wird aber auch im Falle der Vorenthaltung oder Entziehung der Wohnung die Herausgabe derselben mit der Negatoria erlangen können, indem er gegen denjenigen, der ihm das nach § 1036 eingeräumte Recht auf Besitz der Wohnung durch Vorenthaltung oder Entziehung stört, die Beseitigung der in solcher Handlung liegenden Beeinträchtigung seines Rechts d. h. die Herausgabe der Wohnung fordert (Planck zu § 1093). Ist der Wohnungsberechtigte bereits im Besitz der Wohnung gewesen, so wird er in solcher Weise aus seinem Rechte nur klagen, wenn die Besitzschutzmittel nicht mehr ausreichen oder ihm aus einem sonstigen Grunde nicht zweckentsprechend erscheinen.

Es ist nicht richtig, wenn Fuchs, v. Staudinger und Biermann zu § 1093 behaupten, die §§ 1060 und 1061 seien trotz Nichterwähnung anwendbar; der § 1060 ist nämlich überhaupt überflüssig, da schon für die darin enthaltene Bestimmung der § 1024, dessen Anwendung als im § 1090 ausgesprochen sich ohne weiteres auf unser Wohnungsrecht bezieht, Sorge getragen hat, und die Anwendung des § 1061 ist ausdrücklich bereits im § 1090 bestimmt worden.